MAURICIO A. PLAZAS VEGA

DEL REALISMO AL TRIALISMO JURÍDICO

Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial

Segunda edición

TEMIS

DEL REALISMO
AL TRIALISMO JURÍDICO

Plazas Vega, Mauricio Alfredo, 1955-
Del realismo al trialismo jurídico : reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial / Mauricio A. Plazas Vega. -- 2a. ed. -- Bogotá : Editorial Temis, 2009.
384 p. ; 21 cm.
Incluye bibliografías e índices.
ISBN 978-958-35-0743-4
1. Filosofía del derecho 2. Derecho natural 3. Poder judicial 4. Realismo (Derecho) I. Tít.
340.1 cd 21 ed.
A1229933

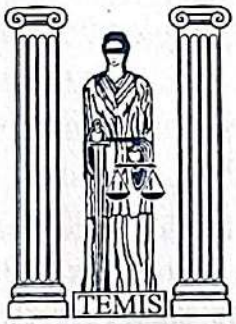
CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

MAURICIO A. PLAZAS VEGA

DEL REALISMO AL TRIALISMO JURÍDICO

REFLEXIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO, LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

Segunda edición



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2009

ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Maurcio A. Plazas Vega, 2009.
© Editorial Temis S. A., 2009.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: editorial@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Carrera 39 B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-0743-4
2409 200900051600

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

NOTA DEL AUTOR

Larga ha sido la tradición que limita la actividad de los juristas a la aplicación del derecho y deja en manos de filósofos y sociólogos la encomiable labor de definir el contenido y el aspecto fenoménico del derecho. Ello ha hecho posible que los estudiantes de leyes transiten por las Facultades de jurisprudencia y se entreguen al ejercicio de la abogacía sin mayor reflexión sobre el significado de la ciencia que profesan. Suelen limitarse a las normas que integran el ordenamiento y a los precedentes judiciales como algo dado, o puesto, y a lo sumo hallan en la exégesis y la consulta de un espíritu de la ley no siempre diáfano, el significado del derecho vigente.

Las teorías puras del derecho, a partir de KELSEN, han prohijado una concepción dualista según la cual al lado del ser, de la realidad objetiva o material, se encuentra el deber ser o mundo de las normas jurídicas, sin más contenido que el que resulta de las reglas impuestas al amparo de la coacción. Un mundo de formas que tan ilustre maestro y jurista legó para el pensamiento jurídico con el sustento de su pluma brillante y un ostensible pero sano propósito de liberar al derecho de la infortunada tendencia de muchos legistas a abordar todos los temas, con sospechosa suficiencia, y opinar sobre las más variadas ciencias y disciplinas del conocimiento humano sin reparar en que, lejos de deslumbrar con tan polifacética actitud, ponen de manifiesto su ausencia de rigor y le ocasionan a su ciencia, la del derecho, un daño de grandes proporciones. Mérito aún mayor si se tiene en cuenta que KELSEN fue un hombre de contenido y un humanista de profunda formación filosófica, con gran sensibilidad por la sociología, las ideas políticas y la teoría del Estado, con lo cual se confirma, en el ejemplo de su propia vida, que la pureza del método no se puede convertir

en un insólito sendero para el extrañamiento de la realidad y la indolencia sobre el devenir de la sociedad.

Ocurre que tan justificado objetivo del "purismo jurídico", a pesar de lo que KELSEN fue y quiso ser, ha llevado en muchos casos a un extremo censurable como es el de la ausencia de contenido en la formación de los juristas y la tendencia de algunos académicos a "liberar" a las Facultades de jurisprudencia de todas aquellas materias que desvíen el interés de los estudiantes hacia temas extraños al sistema de normas y su aplicación. Con esa actitud, se ha pretendido hacer del derecho una "geometría de las normas" para dejar que los sociólogos y los filósofos se ocupen de la realidad sensible y los valores prelegales.

Pero el derecho, a diferencia de la geometría, las matemáticas, la física o la química, no se ocupa en descubrir las leyes que gobiernan la naturaleza a la luz de la necesidad, sino en concebir las normas que regulan la interacción de los hombres en la sociedad en un contexto de libertad precedido por la justicia y estrechamente vinculado a una realidad social que cambia a cada instante. Tiene tres dimensiones (dikelógica, normológica y fáctica), que concurren siempre para darle sentido e iluminar su contenido, y no puede alienarse en ninguna de ellas sin devenir en apreciaciones parciales o incompletas.

El iusnaturalismo y el realismo son también concepciones unidimensionales del derecho. El primero, porque limita la valoración del derecho a su coincidencia con lo justo; y el segundo, porque pretende que el derecho se confunda con los hechos y propone una concepción "desde fuera" a la luz de la cual, en particular en el realismo norteamericano, puede llegar a aceptarse que los jueces se separen de las normas vigentes si así lo impone la esfera del ser para la aplicación del derecho.

Esta obra acoge la concepción trialista pues para su autor es claro que el derecho tiene tres dimensiones inseparables que deben posarse de tal manera en la mente de los juristas, que fluyan naturalmente en cada una de sus acciones, sin esfuerzo alguno para que ello ocurra: la justicia, las normas y los hechos. Con ese criterio, se aboga aquí por la formación y no por la in-

formación de los estudiantes y se insiste en la importancia de una orientación académica en las tres dimensiones que interesan al derecho, con materias tales como historia de las ideas políticas, humanidades, sociología, filosofía, economía, hacienda pública, lógica jurídica, que concurran con el necesario estudio de las normas básicas del ordenamiento.

El libro presenta, en esta segunda edición, un Capítulo preliminar sobre los significados del "nuevo derecho" y el "activismo judicial", con énfasis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, y aborda los puntos de vista del iusnaturalismo, el positivismo y el realismo a fin de demostrar que cada una de esas concepciones tiene el inconveniente de proponer una visión unidimensional, y como tal incompleta, del derecho.

De principio a fin, se orienta a cuestionar, por utópicas, las reglas tradicionales de interpretación exegética y literal de la ley y a reparar en la formación integral de los juristas, no limitada al estrecho panorama de las normas. Porque no de otra manera pueden asumir con rigor su tarea de operadores y creadores del derecho a través de la cátedra, los libros, la función jurisdiccional, el litigio, la asesoría y, en general, tantos y tan variados campos en los cuales ejercen la profesión.

Ni los jueces son simples instrumentos inanimados de los que se vale la ley para expresarse, como lo pretendiera MONTESQUIEU, ni la sentencia es el viejo silogismo de BECCARIA. Los juristas no solo interpretan las normas sino también los hechos y, aunque se pretenda lo contrario, no limitan su labor a correlacionar unas con otros, de manera mecánica, sino que crean derecho a medida que ejercen su labor. De ahí que se imponga una nueva visión sobre la interpretación y la aplicación del derecho que supere ese agobiante imperio de las formas, que por tantos años ha reinado a nombre de la denominada "pureza del método" que legaran KELSEN y sus continuadores para la historia de la Teoría del derecho.

Después de la explicación del trialismo jurídico a partir de la crítica de las apreciaciones unidimensionales del derecho, esta segunda edición de la obra trata sobre las relaciones entre el derecho y la moral, las tesis contractualistas desde la doble perspectiva

de la imaginación jurídica y la realidad social y el legado para el derecho de ese gran filósofo y maestro de la humanidad que fue IMMANUEL KANT.

Así mismo, conserva los tres apéndices de jurisprudencia que incluía la primera edición pero agrega uno, sobre el llamado "estado de cosas inconstitucional", que invita a la reflexión sobre los pros y los contras de la tendencia jurisprudencial a prohijar su declaratoria como instrumento para proteger los derechos fundamentales de los asociados.

La obra acude, con frecuencia, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y, como se advertía en la primera edición, considera un acto de justicia reconocer en la labor de la Corporación un aporte invaluable para la consolidación de la Carta de 1991, amparado en numerosos y profundos fallos que han enriquecido nuestra literatura filosófica y jurídica. Acto de justicia que, desde luego, impone destacar su encomiable labor en pro de la realidad del Estado social de derecho, en especial por medio de fallos de tutela en que ha defendido los derechos fundamentales de los marginados y excluidos sociales a partir del tránsito de la limitada concepción de los derechos subjetivos a los principios que entrañan "mandatos de optimización", al decir de ROBERT ALEXY. Sus sentencias sobre el "estado de cosas inconstitucional", las cuales se abordan en la obra, con especial énfasis en la número T-025 de 2004 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa), sobre el desplazamiento forzado por la violencia en Colombia, constituyen una clara expresión de la jurisprudencia social que ha desarrollado la Corporación; jurisprudencia que, sin embargo, debe ser apreciada con prudencia y en el marco de los alcances que puede tener en nuestro sistema político y jurídico liberal. Si esta obra cuestiona algunas de las sentencias de la Corte, y comenta con preocupación, por ejemplo, los efectos lesivos del aludido estado de cosas inconstitucional para el principio de separación de poderes, lo hace con el propósito de construir y con plena convicción acerca del significado que tienen los análisis doctrinarios y académicos sobre las sentencias del juez constitucional habida cuenta de que, por ser inconcebible, no hay instancia jurisdiccional alguna que las confirme o revoque.

Esta segunda edición incluye adiciones de interés en lo que tiene que ver con la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que los lectores pueden apreciar en los diferentes capítulos, y por supuesto en los nuevos, y en la bibliografía que respalda las notas de pie de página. Para su elaboración, ha sido fundamental el apoyo científico de muchas personas que me han honrado con respaldo bibliográfico y con puntos de vista rigurosos y plenos de generosidad con los cuales se ha enriquecido la obra. Entre ellas quiero reiterar especialmente mi gratitud con Juan Carlos Cortés Gonzalez, Mauricio González Cuervo, Luis Fernando López Roca, Andrés Molina Ochoa, María Carolina Olarte Olarte, Cristina Pardo Schlesinger, Carolina Ramírez y Guillermo Sánchez Luque.

Finalmente, quiero dedicar el libro, con el más profundo sentimiento de gratitud, a Alicia Vega de Plazas (q.e.p.d.) mi madre, a quien debo no solo mi existencia sino mi formación, desde cuando era un párvulo hasta mi madurez. Su imagen, en la que concurrían misteriosamente el rigor y la dulzura, su vida limpia y ejemplar y su mirada colmada de infinito amor, jamás se separarán de mi memoria y siempre impulsarán mi corazón.

MAURICIO A. PLAZAS VEGA
Bogotá, julio de 2009

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

EL NUEVO DERECHO Y EL PODER DE LOS JUECES EN GENERAL Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN PARTICULAR. EL PARADIGMA DE LOS "DERECHOS FUNDAMENTALES" DEL HOMBRE

PÁG.

1. La Constitución colombiana de 1991 y el auge de la reflexión iusfilosófica 1
2. La creación de derecho por los jueces en general y por el juez constitucional en particular y su injerencia directa en el ejercicio de las funciones de las ramas legislativa y ejecutiva del poder público. La tutela de los "derechos fundamentales" y de los "económicos y sociales" en particular 5
   A) Nota preliminar. El juez constitucional ya no es solo un "legislador negativo" 5
   B) El "activismo" de la Corte Constitucional de Colombia y el paradigma de los derechos fundamentales ... 16
      a) La incidencia de los derechos fundamentales en el activismo judicial 16
3. A manera de conclusión. Los límites razonables del activismo judicial 75
4. La rebelión antiformalista y los nuevos aires del derecho. La defensa de Kelsen a Kelsen 86

CAPÍTULO II

IUSNATURALISMO, IUSPOSITIVISMO Y EXÉGESIS

PÁG.

1. Del iusnaturalismo a la exégesis y de la exégesis al iuspositivismo 101
2. Las diversas expresiones del positivismo. Positivismo analítico y positivismo sociológico 120
   A) El positivismo analítico 125
   B) El positivismo sociológico y la eficacia del derecho 132
3. Los nuevos vientos del iusnaturalismo y su estrecho vínculo con el reconocimiento de los derechos humanos en general y los derechos fundamentales, en particular en el ordenamiento positivo 133

CAPÍTULO III

LOS REALISMOS JURÍDICOS NORTEAMERICANO Y ESCANDINAVO Y EL REALISMO JURÍDICO EN GENERAL

1. Los realismos norteamericano y escandinavo y el "realismo jurídico clásico" o metafísico 137
   A) Planteamientos generales del realismo metafísico 138
      a) El derecho natural y el derecho positivo 139
      b) Contenido de lo justo legal 141
      c) La acción del juez ante los postulados de la ley ... 142
   B) Comentarios sobre los planteamientos del realismo metafísico y su proyección en la concepción actual. La equidad como principio fundamental del derecho 142
2. El realismo norteamericano y escandinavo y el "realismo jurídico en general" 149

CAPÍTULO IV

LAS ESCUELAS HISTÓRICA Y SOCIOLÓGICA DEL DERECHO Y EL REALISMO JURÍDICO. EL CONTENIDO DEL DERECHO

PÁG.

1. Realismo jurídico y antiformalismo 153
2. El realismo jurídico como una de las tres corrientes que cuestionan la concepción ideal del derecho iusnaturalista o iuspositivista 156
   A) La Escuela histórica del derecho 157
   B) La concepción sociológica del derecho 161
   C) El realismo jurídico 165

CAPÍTULO V

EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

1. Aspectos generales. La realidad del derecho: diferencia entre "reglas en el papel" y "reglas efectivas" 171
2. Principales exponentes del realismo norteamericano ... 176
   A) Las fuentes doctrinarias del realismo 176
   B) Los principales exponentes del realismo norteamericano y el aporte de Jerome Frank al derecho procesal 180
   C) Los herederos del realismo jurídico norteamericano. Los "estudios críticos del derecho" (*Critical legal studies*) y el "análisis económico del derecho" (*Economic analysis of law*) 189
      a) Los estudios críticos del derecho (*critical legal studies*) 190
      b) El análisis económico del derecho (*economic analysis of law*) 193
   D) Epílogo sobre el realismo jurídico norteamericano 202

CAPÍTULO VI

EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

PÁG.

1. El realismo de Alf Ross: "la ideología normativa de los jueces" 207
   A) El "derecho vigente" como base de un monismo que supera el dualismo del iusnaturalismo neotomista y del positivismo 209
   B) Diferencias entre el derecho y la moral 211
   C) La separación de la ciencia del derecho y la sociología jurídica 212
   D) La política jurídica como guía para la tarea creadora del derecho 212
2. El realismo de Karl Olivecrona: "el derecho como hecho" 214

CAPÍTULO VII

EL TRIALISMO JURÍDICO: POR UNA CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

221

CAPÍTULO VIII

REFLEXIONES ANTE EL FANTASMA DE LOS TOTALITARISMOS Y AUTORITARISMOS

Sección I.—*La relación entre derecho y la moral* 254

Sección II.—*La apelación al contrato político* 260

CAPÍTULO IX

EL LEGADO JURÍDICO DE IMMANUEL KANT

269

APÉNDICES

PÁG.

Apéndice I: La plenitud hermética del derecho y la analogía 293

Apéndice II: La costumbre como fuente formal del derecho 298

Apéndice III:La separación de poderes y la función del juez constitucional como "legislador negativo" 308

Apéndice IV: El estado de cosas inconstitucional como una declaración del juez constitucional fruto de la cual interviene en las políticas públicas 319

Bibliografía 339

Índice de autores 357

Capítulo I

EL NUEVO DERECHO Y EL PODER DE LOS JUECES EN GENERAL Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN PARTICULAR. EL PARADIGMA DE LOS "DERECHOS FUNDAMENTALES" DEL HOMBRE

1. La Constitución colombiana de 1991 y el auge de la reflexión iusfilosófica

La Constitución de 1991 dio lugar a una profunda reflexión en torno a la interpretación del derecho, el alcance de las sentencias del juez y el contenido social que subyace tras el sistema de normas. La acción de tutela, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, la sujeción de los jueces únicamente a la ley, la supremacía de la Constitución y la obligación política de obedecerla y el poder político del juez constitucional han sido, entre otros de sus preceptos, el origen de controversias y planteamientos de indudable interés, tanto en el seno de la Corte Constitucional como en la doctrina y en las cátedras universitarias.

Suele decirse, con acierto, que la Constitución no se limita ya al conjunto de normas que integran la Carta Política; que el proceso constituyente no ha culminado ni se agotó con la Constitución, sino que halla en ella su punto de partida[1]. No

[1] Véase al respecto el trabajo de Fernando Álvarez Rojas intitulado "El nuevo derecho, paradigma de comprensión y desarrollo de la

solo porque en numerosas ocasiones asigna a la ley la función de desarrollar en detalle sus preceptos, sino también porque compromete a los diversos órganos del poder público con labores que dan un amplio margen de libertad de acción en procura de que los objetivos del constituyente tengan su expresión en la realidad. La Corte Constitucional, al abordar el tema de la interpretación de la Constitución, en relación con las atribuciones del Parlamento, ha insistido en que la ley no es a la Carta Política lo que el decreto reglamentario es a la ley, pues el legislador no se limita a desarrollar ni a ejecutar las materias que le defiere la Constitución, sino que, además, goza de amplio radio de acción para establecer y modificar políticas legales pero siempre con sujeción a los preceptos de la "norma de normas". Tal circunstancia le exige una labor de interpretación de la Carta sobre la cual observa la Corte:

"No es posible pensar que el legislador pueda ejercer las competencias que la Constitución le atribuye sin que en esa tarea necesite interpretar la Constitución. La interpretación es un momento imprescindible del derecho y en modo alguno ausente en el proceso de creación de las normas legales. La Constitución, como eje central del ordenamiento, debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado y para ello es indispensable su interpretación. De hecho *la Constitución existe y despliega su eficacia en la medida que se actualice en la vida concreta y ello no puede ocurrir por fuera de su interpretación que, en estas condiciones, adquiere el carácter de un proceso abierto del cual depende su efectiva mate-*

Constitución de 1991", en *Revista de Derecho Público*, Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 1993, págs. 129 a 140.

rialización y permanente enriquecimiento" (sent., C-531, 11 noviembre 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Empero, como en general se impone a los diversos órganos del poder público, el Congreso debe limitar esa labor de interpretación a su función legislativa y evitar excesos que puedan entrañar intromisión en relación con lo que le compete a otras instituciones y, en particular, a la Corte Constitucional, encargada de la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución Política.

En lo que atañe a la *rama judicial*, la Carta pone de manifiesto esa dinámica de constante evolución y efectividad en preceptos como los que regulan las funciones de la Corte Constitucional, originarios de una profunda y prolija jurisprudencia que en varios casos se ha separado del tradicional formalismo de las normas, para reconocer que el derecho sí tiene un contenido y halla su sentido en la realidad social. Si bien la corporación ha orientado lo fundamental de sus planteamientos a advertir que la interpretación constitucional, por todo lo que entraña la Carta Política, no puede seguir los lineamientos de la hermenéutica que en general se predica del sistema de normas, no es menos cierto que desde la perspectiva del artículo 4º de la Constitución, sobre prevalencia de la "norma de normas", y, en general, en un contexto de reflexión sobre el papel de los jueces y operadores del derecho, el pensamiento jurídico transita en nuestros días rumbos que por momentos sorprenden a los dogmas y las tradiciones.

Mas no por ello puede pensarse que se trata de nuevas ideas, que echen por la borda la larga y apasionante historia de la filosofía del derecho. Por el contrario, tanto la jurispru-

dencia de la Corte Constitucional como los escritos, en general, de los jueces, doctrinantes y operadores del derecho que participan de la nueva marea acuden, con vivo interés, a viejos planteamientos en torno al derecho que reviven en medio de un debate que enaltece a los juristas. Unos proclaman la vigencia del estoicismo, de ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS, para prohijar un iusnaturalismo renovado que, sin embargo, halla su mayor sustento en obras eternas que la Antigüedad y el Medioevo legaron para la historia; otros llegan hasta los sofistas, del esplendor de la Grecia clásica, para hallar las raíces de un positivismo que desconoce la existencia de un derecho universal y prelegal; muchos abogan por una concepción del derecho a partir de los hechos y acuden a la sociología, la economía y la historia para reclamar una visión real de lo jurídico; y no pocos, en fin, orientan sus esfuerzos y reflexiones a defender una apreciación tridimensional del derecho alrededor de los valores, las normas y los hechos. Todos, a su vez, se acercan, con creciente interés, a los pensadores de los últimos tiempos para hallar apoyo en sus planteamientos sobre la justicia, la equidad, los valores, las normas, los hechos, la psicología, el lenguaje y tantos otros temas: RAWLS, DWORKIN, HART, KELSEN, HOLMES, POUND, BOBBIO, DEL VECCHIO, SAVIGNY, KANTOROWICKZ, VON IHERING, COSSIO, REALE, ROSS, BARCELONA, HERVADA, HABERMAS, ALEXY, PE-RELMAN, PETEV, KAUFMANN, ZAGREBELSKY, POSNER, KENNEDY, KANT, BENTHAM, FERRAJOLI y otros ilustres pensadores, otrora atendidos por los filósofos y unos cuantos juristas con vocación filosófica, hoy se citan con insospechada frecuencia en los fallos judiciales y participan, en creciente medida, en el discurso de doctrinantes y profesores de derecho.

2. La creación de derecho por los jueces en general y por el juez constitucional en particular y su injerencia directa en el ejercicio de las funciones de las ramas legislativa y ejecutiva del poder público. La tutela de los "derechos fundamentales" y de los "económicos y sociales" en particular

A) *Nota preliminar. El juez constitucional ya no es solo un "legislador negativo".*

Esa nueva visión de lo que representan los jueces en el seno del Estado y la función que cumplen al interpretar las normas y los hechos, han sido destacadas por nuestra Corte Constitucional en términos que invitan a otra reflexión sobre el significado real que tiene el fortalecimiento de la rama jurisdiccional, en relación con el objetivo liberal del equilibrio en la separación de poderes, y sobre los alcances y la justificación de un tribunal constitucional independiente de la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución e investido del poder igualmente supremo que esa función conlleva; tribunal que, en nuestro caso, ha descrito su trascendental función en los siguientes términos:

"[...] El desarrollo de la democracia constitucional puso de presente que el órgano legislativo, depositario tradicional de legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos. Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el Estado intervencionista y de la pérdida del liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con

el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Solo de esa manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo.

"[...] En estas condiciones, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar el desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social. Depositario de las ventajas propias del sabio alejado de la sociedad, que piensa en la objetividad de los valores y dotado de las ventajas de quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración 'la realidad viviente de los litigios', el juez está en capacidad, como ningún otro órgano del régimen político, de desempeñar ese papel. En síntesis, el control ejercido por los jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia.

"El juez, al poner en relación la Constitución —sus principios y sus normas— con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambas procesos de creación de derecho" (sent., T-407 de 1992, exp. T-778, M. P.: Ciro Angarita Barón).

Se trata de examinar el poder de creación del derecho por los jueces, en un contexto de crisis y cuestionamiento de la concepción silogística de su función y de revisión de la lógica formal y el método deductivo como ejes de la aplicación de las normas. De evaluar los alcances de las sentencias, tanto en su motivación como en la parte resolutiva, a la luz de nuevas ideas que denuncian la improcedencia de la exacti-

tud matemática y de la construcción lógica tradicional en la interpretación del derecho y, en aras de la realidad, anuncian la *argumentación* como panacea de los fallos, y, en general, de la solución de controversias jurídicas, en procura de decisiones *razonables* en las cuales predomine la *equidad*. De apreciar el papel de los protagonistas del derecho, y, en particular, de la rama jurisdiccional, en medio de la superación de viejos criterios de interpretación que desde hace muchos años han pretendido iluminar con las normas la evaluación de los hechos, sin considerar la dimensión humana de los jueces ni la importancia de la argumentación. De comprender, con ROBERT ALEXY, que "el método deductivo, desde hace mucho, no es ya sustentado por nadie como modelo completo de aplicación del derecho" y de reconocer lo que tan destacado jurista puso de manifiesto en un trabajo en el cual expuso los aspectos más importantes de su teoría sobre la argumentación jurídica:

"En todas partes se acentúa o cuando menos es tomado en cuenta el papel creador de quien aplica el derecho. Solo existe discusión acerca de si al menos casos sencillos pueden resolverse por medio de una deducción y si la solución dada a un caso difícil con medios no deductivos puede presentarse como deducción"[2].

[2] ROBERT ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. de Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pág. 38. Es de mencionar, alrededor del silogismo, la argumentación jurídica y los planteamientos de ROBERT ALEXY, el trabajo de PAUL CAHN SPEYER WELLS intitulado *Derecho: entre silogismo y contenido*, en el cual el autor aboga por una suerte de *teoría de la argumentación jurídica* acogida por el *derecho positivo* en la cual se delimiten, en forma clara y precisa, los criterios que han de seguir el juez y los operadores jurídicos en general para la interpretación y aplicación del *derecho*, siempre

Hoy la retórica, por tanto tiempo desechada y cuestionada al amparo de una explicable preocupación por la simplicidad y la precisión, recobra una importancia insospechada que ha hecho recordar a los sociólogos, filósofos y juristas las viejas obras de la Antigüedad clásica que se ocuparon del arte de la palabra y el poder de convicción. En la misma medida que las leyes del hombre no se descubren sino que se crean, su presencia en el orden social es fruto de la libertad o de su voluntad y no de un sistema de origen trascendental que imponga, por necesidad, lo que ha de ser. Por tal razón, su aplicación en el escenario social, a través de la correlación con los hechos que le sirven de referencia, implica siempre, de modo inevitable, un proceso de interpretación que, en cada caso concreto, involucra a muchas personas (las partes en los contratos o en los litigios, los abogados que les representan, los jueces, etc.). En ese contexto, todos los protagonistas del derecho en acción procuran convencer a los otros y las definiciones y decisiones jurídicas fluyen, en última instancia, a manera de intereses de ese encuentro inevitable de argumentaciones que, como tal, descarta la exactitud del silogismo.

CHAÏM PERELMAN, el notable filósofo de la Escuela de Bruselas, ha sido el encargado de sentar las bases de tan acertada concepción y ha merecido el reconocimiento universal como "precursor de la nueva retórica" con obras aco-

---

a partir del texto de las normas y el predominio de la *seguridad jurídica*. A "una especie de ley 153 de 1887 pero moderna, es decir, manteniendo su sabiduría pero acoplándola a las circunstancias del derecho actual", alude CAHN SPEYER. Véase *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 324, diciembre de 2003, págs. 131 a 148.

gidas con entusiasmo por la doctrina, como el *Tratado de la argumentación* o *El imperio retórico*. Como él mismo lo advierte en la última de las obras citadas, sus planteamientos se encuentran en una simbiosis de la "argumentación" con la "retórica", con miras a rescatar la importancia del arte de la persuasión, amparada en un feliz retorno a las obras de PLATÓN y en especial de ARISTÓTELES a quien califica, a su vez, como "precursor de la teoría de la argumentación" por sus trabajos intitulados *Los tópicos*, *La retórica* y *Las refutaciones sofísticas*.

Para tal fin acude a la distinción que hace ARISTÓTELES entre razonamientos "analíticos" y "dialécticos" según impliquen una conclusión indiscutible o solo conduzcan a una opinión generalmente aceptada. Respecto de los primeros, el método deductivo y el silogismo son pertinentes y conducen a una inferencia válida. En los segundos, el cambio, la opinión aceptable tiene como base la "argumentación", como ocurre con las "ciencias sociales" y en particular con el derecho. Sobre estas bases, concluye el maestro de la Escuela de Bruselas: "el fin de una argumentación no es deducir las consecuencias de ciertas promesas sino producir o acrecentar la adhesión de un auditorio a las tesis que se presentan a su asentimiento"[3].

He ahí el contexto doctrinario que ha servido de referencia a la Corte Constitucional de Colombia para resolver problemas de tan profundo contenido como son los relacionados con el respeto del "principio de igualdad" por parte del legislador. La jurisprudencia en esa materia ha sido pro-

[3] CHAÏM PERELMAN, *El imperio retórico*, trad. de Adolfo León Gómez Giraldo, Santa Fe de Bogotá, Norma, 1997, pág. 29.

lija y gira en torno a la "razonabilidad", la "proporcionalidad" y la denominada "carga de la argumentación". Para la Corte, todo juicio de esta naturaleza implica que cualquier diferencia o discriminación que disponga el legislador sea fruto de claras consideraciones que demuestren que la medida no solo es "proporcionando" sino "razonable" y hace necesario que quien defienda la validez de la diferencia asuma la "carga de la argumentación", siempre sobre la base de que "la igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad". Naturalmente, la definición sobre lo razonable y proporcionado del trato desigual implica un papel fundamental de la argumentación por parte de quienes intervengan en los juicios ante la Corte y, por supuesto, de la Corporación misma. Al respecto, la Corte ha sido enfática al sostener que "al juez no le basta oponer su razón a la del legislador" porque "la jurisdicción es un modo de producción cultural del derecho" y, dado que el poder del juez deriva exclusivamente de la comunidad, "solo la conciencia jurídica de esta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador"[4].

Pero tan indispensable evaluación debe tener en cuenta que esa potencialidad de creación del derecho no es la misma en la jurisdicción constitucional que en la generalidad de la que nuestra Carta Política denomina *rama judicial*. El poder de la Corte Constitucional de definir si las leyes se ajustan a la Constitución, en los términos previstos en el artículo 247 de la Carta, entraña una amplia facultad que des-

[4] Entre otras sentencias sobre el tema, véase la número T-422, de 19 junio 1992 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), a la cual corresponde el aparte transcrito.

borda los tradicionales alcances de lo jurídico para comprender un radio de acción más amplio, propio de la "norma de normas", como es el político. Y sus atribuciones en lo que toca con la revisión de las sentencias de tutela, unidas a los generales y amplios alcances que la misma Corte le ha dado a algunos de sus fallos en pro de la "optimización de los derechos fundamentales" de los asociados evidencian, en grado sumo, su activo papel en la creación del derecho, muchas veces en el ámbito de una reconocida tensión entre lo que la ley dispone y lo que los principios constitucionales demandan[5]. A todo lo cual es de agregar que su disposición a crear derecho no solo obedece a las actuales tendencias del pensamiento sino que en muchos casos es inevitable, en virtud de la textura abierta de nuestra Carta Política en relación con varios de los derechos que declara y reconoce. Piénsese, por ejemplo, en la *dignidad humana*, la *igualdad*, el *libre desarrollo de la personalidad,* el *derecho a la paz* o *el derecho a la seguridad social*, ámbitos temáticos respecto de los cuales la jurisprudencia de la Corporación ha sido, y debe ser, original y extensa.

[5] Sobre esa tensión hay numerosos textos. Pero acaso por su claridad y su coincidencia con lo que hemos vivido en Colombia, es de citar aquí la obra de CARLO MARYA MARTÍN y GUSTAVO ZAGREBELSKY intitulada *La domanda di giustizia* (Torino, Giulio Einaudi Editore, 2003), en la cual los autores ponen de manifiesto sus alcances al tratar lo relacionado con los poderes del legislador y del juez. En definitiva, anotan, la supuesta sujeción estricta de los jueces a la ley es muchas veces una ilusión, en particular en los "casos difíciles" en el marco de los cuales *la independencia del juez no protege la sujeción ciega a la ley sino la responsable consulta de la justicia* y puede llegar a contrariar la propia ley, cfr., ed. cit., pág. 27.

El poder de los demás jueces, en cambio, tiene un alcance más limitado porque su función se extiende a casos concretos, a hechos, y no a definir si lo decidido por la rama legislativa del poder público, o en su caso por el presidente de la república, de leyes en sentido formal o material, contraviene la Constitución o no y pueden integrar el ordenamiento jurídico, o no[6]. Lo cual no es óbice, desde luego, para destacar lo que ha sido su labor en el ámbito de la tutela.

La Corte Constitucional, según se aprecia en el título VIII de nuestra Constitución Política, hace parte de la *rama judicial* del poder público y surgió en Colombia con el objeto de garantizar que los juicios constitucionales sean resueltos por un cuerpo especializado, pero dentro del conjunto tripartita que LOCKE y MONTESQUIEU legaron para los regímenes liberales. Así lo confirman los planteamientos que sirvieron de sustento a su creación por los constituyentes de 1991, en los cuales se lee lo siguiente:

"Se propone la creación de la Corte Constitucional por la necesidad que se ha visto en todos los campos del derecho de lograr, cada vez más, una mayor especialización de los organismos que ejerzan la tarea jurisdiccional. Así como la labor de casación que cumplen las salas civil, penal y laboral requiere ser ejercida por expertos en la materia, cada día el derecho público adquiere mayor especificidad.

"Es por ello que dentro de la estructura de la nueva Constitución, resulta conveniente separar las funciones de tribu-

[6] Lo cual no es óbice para advertir que en el actual entorno de aproximación a las diferentes ramas del derecho desde la Constitución, los jueces en general cumplen un permanente papel en la defensa de la Carta Política, como bien lo observa ALFONSO CELOTTO en *La Corte Costituzionale*, Napoli, Il Mulino, 2004, págs. 7 a 9.

nal de casación de la Corte Suprema de Justicia, de la facultad de control de constitucionalidad. Esta mayor especialización en el juzgamiento constitucional, permitirá que, con el tiempo, se construya una jurisprudencia estable sobre los alcances de cada una de las normas de la nueva Carta, con claridad sobre las facultades de las ramas del poder público y en particular sobre la naturaleza de los estados de excepción.

"Es igualmente importante que este nuevo organismo determine el alcance de los derechos y libertades públicas, creando una interpretación estable y coherente sobre su ejercicio. Se trata de la creación de un organismo especializado, dedicado únicamente al juzgamiento constitucional e integrado por magistrados que, aunque conocedores de otras disciplinas jurídicas, cuenten con una formación básica en derecho constitucional"[7].

Con todo, esa facultad de decidir sobre lo que disponen otras ramas del poder público puede comportar una posición predominante que, como se pone de presente en el fallo T-406 de 1992 de la Corte Constitucional (M. P.: Ciro Angarita Barón), citado, excede el ámbito tradicional de la separación de poderes y hace evidente que el propósito del constituyente, de reiterar esa concepción tripartita, solo se cumple en apariencia.

[7] Ponencia para primer debate, Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia. Texto publicado en CARLOS LLERAS DE LA FUENTE y MARCEL TANGARIFE TORRES, *Constitución Política de Colombia. Origen, evolución y vigencia*, Santa Fe de Bogotá, edición conjunta Universidad del Rosario, Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Diké, 1996, pág. 913.

El crucial compromiso del juez constitucional, vinculado a la prevalencia del contrato político, no solo lo inviste del poder de decidir sobre la exequibilidad de las leyes, sino que también lo habilita para realizar una permanente labor creativa al amparo de la facultad de interpretar la Carta Política y hacer posible que la voluntad del constituyente tenga realidad plena y actual.

La Corte, en efecto, no es ya el simple *legislador negativo*, que dijera KELSEN, sino que participa en el conjunto de las fuentes del derecho de manera creciente, mediante la interpretación jurídico-política de la Constitución, aun a pesar de que se le incluya como parte de la rama jurisdiccional del Estado. Lo propio puede decirse del Consejo de Estado en lo que atañe a su función de decidir sobre la constitucionalidad de las normas cuyo control no se le ha asignado a la Corte Constitucional, si bien nuestro ordenamiento no ha sido consecuente con los alcances de esa función y confunde los juicios de constitucionalidad, sometidos a su conocimiento, dentro de la generalidad de los contenciosos de nulidad[8].

Cabe acoger aquí los planteamientos de SANDRA MORELLI en los cuales se advierte que el juez constitucional

[8] En diálogo con JAIME ABELLA ZÁRATE, ex magistrado del Consejo de Estado y reconocido jurista, el autor de esta obra tuvo la oportunidad de conocer sus planteamientos sobre la necesidad de modificar el ordenamiento para que los juicios de constitucionalidad que asuma el Consejo de Estado tengan un tratamiento similar al de los que se ventilan ante la Corte Constitucional. No por ello el doctor ABELLA descarta la *suspensión provisional* como medida preventiva de singular importancia que debe conservarse aun en el caso de que se acogiera su propuesta.

cumple una función "mixta", no simplemente jurídica, sino también "política", en virtud de la cual "en la práctica el control de constitucionalidad ha adquirido tales dimensiones que se impone aceptar que legisla, y que, en consecuencia, sus sentencias son fuente del derecho"[9].

A lo cual cabe agregar que el mismo Tribunal ha sostenido, de manera reiterada, que las motivaciones de los fallos proferidos por los jueces constitucionales tienen fuerza vinculante, y en definitiva son fuente de derecho cuando quiera que tengan directa relación con la parte resolutiva. Así puede apreciarse en la sentencia C-037 de 1996 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa), en la cual se lee:

La parte motiva de la sentencia "constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas del derecho en general; solo tendrán fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indis-

[9] Véase a SANDRA MORELLI, *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?*, Bogotá, 1997, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 43. La obra de la doctora MORELLI se orienta a destacar que "el juez constitucional constituye uno de los pilares del nuevo paradigma jurídico, aquel del Estado constitucional" y a reclamar de los juristas en general, y de nuestra Corte Constitucional en particular, una conciencia plena sobre lo que significa un órgano independiente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado cuya función capital es la de velar por la guarda de la integridad de la Carta. A juicio de MORELLI, la Corte Constitucional no tiene cabida en la estructura de separación de poderes propuesta por MONTESQUIEU.

pensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente sobre ella"[10].

B) *El "activismo" de la Corte Constitucional de Colombia y el paradigma de los derechos fundamentales*

a) *La incidencia de los derechos fundamentales en el activismo judicial.— La consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales susceptibles de tratar como derechos subjetivos que obligan directa e inmediatamente al Estado. El principio de progresividad en la atención de los derechos económicos, sociales y culturales.*

a') *La noción de derechos fundamentales.* Larga ha sido la evolución de los *derechos humanos* hacia su reconocimiento en las *declaraciones universales*, *pactos internacionales* y *Constituciones Políticas*. Desde los planteamientos iniciales de GUILLERMO DE OCKHAM, FRANCISCO DE VITORIA y HUGO GROCIO, hasta la consolidación de la teoría de los *derechos naturales* con las teorías contractualistas de HOBBES, LOCKE, y con alcances distintos ROUSSEAU y KANT, y su reconocimiento en el *derecho positivo* la biografía del espíritu del mundo registra innumerables acontecimientos sociales, económicos y políticos cuya mención escapa a los fines de este libro pero cuyos efectos, en todo caso, se pueden sintetizar en una constante lucha, tortuosa pero ascendente, hacia la reivindicación de la dignidad huma-

[10] Véase, *ibidem*, pág. 45. En ese aparte de la obra, SANDRA MORELLI se ocupa de "la sentencia constitucional como fuente de derecho".

na[11]. Un trayecto que difiere de la historia de la *ley natural* y del *iusnaturalismo eticista aristotélico tomista*, cuya temática no es la de los *derechos naturales* del hombre sino en general la de la concepción del *derecho*, del *ius*, según lineamientos que se remontan a la antigüedad clásica. Sobre esta concepción del *iusnaturalismo*, propia del llamado *realismo metafísico*, trata el capítulo III de este libro; pero bueno es advertir, en todo caso, que tiene ostensibles puntos de coincidencia con la teoría de los *derechos naturales* en buena parte porque, como esta última, pretende evaluar la validez del *derecho positivo* a partir de la naturaleza que lo precede.

No todos los *derechos humanos* tienen la condición de *derechos fundamentales* susceptibles de proteger por vía de tutela o amparo, bajo los cauces jurisprudenciales que es-

[11] A GUILLERMO DE OCKHAM se le atribuye una primera referencia a los *derechos naturales*, con alcances jurídico-políticos, a partir de la alusión a los *derechos de libertad* de los mortales, derivados de Dios, como contexto para la defensa de los franciscanos contra el papado. A FRANCISCO DE VITORIA se le identifica como el gestor de la primera aproximación a los *derechos naturales* como *derechos subjetivos*, a manera de contexto para demostrar el derecho de España a conquistar el Nuevo Mundo sobre la base del *ius peregrinandi*, el *ius degendi* y el *ius ocupationis*. Y a HUGO GROCIO se le suele reconocer como el gestor de los fundamentos del moderno *derecho natural* desde la perspectiva de la existencia de *derechos subjetivos* que son inherentes a los seres humanos. Ya en los siglos XVII y XLVIII se extendieron en Europa las cátedras de *derecho natural,* entre las cuales se recuerda siempre la de SAMUEL PUFENDORF como primer expositor de la *igualdad* de los hombres desde la perspectiva del *derecho natural.* Véase, al respecto, a la profesora de Milán ALESSANDRA FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Napoli, Il Mulino, 2007, págs. 25 a 42.

tructuren en los países los jueces constitucionales. Su consideración como tales ha sido el fruto de la evolución de las ideas políticas, la doctrina y la jurisprudencia con dos hechos de singular trascendencia de los cuales no se puede hacer caso omiso cuando se aborda la materia: en primer lugar, la apasionante proliferación del constitucionalismo durante los siglos XIX y XX, con los sublimes antecedentes de la Carta de Derechos inglesa de 1689 (*Bill of Rights*), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, de 1776, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Francia revolucionaria de 1789. Y en segundo lugar, la creciente y muy afortunada tendencia a las declaraciones y convenios internacionales que sistemáticamente se han venido profiriendo a lo largo de la historia, en especial después de los vejámenes y horrores que tuvo que soportar la humanidad durante los regímenes totalitarios del Führer Adolfo Hitler y del Duce Benito Mussolini, cuyas más dolorosas consecuencias se pusieron de manifiesto con la segunda guerra mundial y el holocausto hebreo. Vejámenes que igualmente se han extendido, al amparo de la barbarie y el terror como instrumentos del poder político y bajo el manto de la *seguridad nacional*, en regímenes tenebrosos como los que afligieron a América Latina durante las dictaduras militares de la última mitad del pasado siglo, cuyos más nefastos ejemplos fueron los de Augusto Pinochet, en Chile, y Rafael Videla en Argentina[12].

[12] Sobre los *regímenes totalitarios y autoritarios* remito al lector al capítulo intitulado "Totalitarismos y autoritarismos, sus fuentes y su entorno", que hace parte de mi libro *Ideas políticas y teoría del derecho*, Bogotá, Edit. Temis y Universidad del Rosario, 2001.

Las *declaraciones de derechos* no tienen fuerza vinculante porque no se configuran como tratados internacionales; pero los *pactos* o *convenios* sí, y en tal sentido cabe observar que la evolución del *derecho internacional humanitario* ha transitado de unas primeras fases declarativas a los convenios de alcance obligatorio.

También son de destacar, al respecto, los valiosos avances que han tenido las Constituciones nacionales de los países de occidente en esta materia de los *derechos humanos* y los *derechos fundamentales,* los cuales, sin duda, han contribuido en alto grado para la generalización de los pactos internacionales.

Es indudable que la Constitución colombiana de 1991 gira, en buena parte, alrededor de los *derechos fundamentales*, lo cual explica el curso que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en pos de su garantía plena y su realización efectiva. El punto de partida de esa tendencia se encuentra en el propio preámbulo de la *Carta Política*, conforme al cual es objetivo primordial de nuestra Patria un *orden político, económico y social justo*[13], y se proyecta en los llamados *derechos económicos, sociales y culturales*, respecto de varios de los cuales la Corte se ha pronunciado en muchas ocasiones para reconocerles la condición de *derechos subjetivos* que obligan directa e inmediatamente al Estado con sus titulares.

[13] Así lo anota, con acierto, JAIME VIDAL PERDOMO en *Derechos económicos*, texto que hace parte del libro intitulado *Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000*, compilación de varios trabajos, publicación de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001, págs. 285 a 290.

No hay una definición normativa ni unanimidad en la doctrina sobre el significado de los *derechos fundamentales*. Tampoco rige al respecto, en Colombia, un catálogo o listado taxativo, no obstante que el artículo 86 de la Constitución Política consagra la *acción de tutela* para proteger su eficacia y su cabal ejercicio.

Sobre lo primero es de recordar la definición de la Corte Constitucional contenida en la sentencia T-571 de 1992 (M. P.: Jaime Sanín G.), conforme a la cual son *derechos fundamentales* "los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana" [...] "y son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia —aun de su concepción— y son anteriores a la existencia del Estado, por lo que están encima de él". Definición que reiteró más adelante la Corporación en la sentencia T-227 de 2003 (M. P.: Eduardo Montealegre Lynett) a la luz de la cual se entiende por *derecho fundamental* "todo derecho constitucional funcionalmente dirigido a lograr la dignidad humana y que sea traducible en un derecho subjetivo".

Son puntos de vista que, sin duda, coinciden en grado sumo con el llamado "garantismo constitucional", de LUIGI FERRAJOLI, y con el discurso sobre los *derechos*, de RONALD DWORKIN, además de la impronta de ROBERT ALEXY, siempre latente en el pensamiento de la Corporación, que se comenta en este mismo capítulo. Repárese, para confirmarlo, en la definición de los *derechos fundamentales* de FERRAJOLI, los cuales describe como "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o ne-

gativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas o autor de los actos que son ejercicio de estas"[14]. RONALD DWORKIN, por su parte, es enfático al explicar de la siguiente manera el título de una de sus obras, acaso la más conocida en América Latina: "Cualquiera que declare que se toma *Los derechos en serio* y que elogie a nuestro gobierno por respetarlos, debe [...] aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes: la primera, es la idea vaga pero poderosa de la *dignidad humana*. La segunda, es la idea más familiar de la *igualdad política* [...]"[15].

Y coinciden también con los planteamientos de la doctrina colombiana, entre los cuales cabe mencionar los de

[14] LUIGI FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pág. 22. En el pensamiento italiano sobre esta misma temática es de citar también la obra de PAOLO CARETTI intitulada *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli Editore, 2005, en la cual se enfatiza en tres aspectos de especial interés: en primer lugar, en la consideración de los *derechos fundamentales* como de especial jerarquía y valor respecto de los restantes derechos y libertades del hombre, lo cual hace necesario que se garanticen y protejan de manera efectiva; en segundo lugar, en la posibilidad de que los *derechos civiles, políticos, económicos, sociales* o *culturales* puedan tener, indistintamente la condición de *fundamentales*; y en tercer lugar, en que necesariamente la noción y los alcances de los *derechos fundamentales* debe abordarse desde la perspectiva de los vaivenes del *constitucionalismo moderno* y, por supuesto, de las tensiones que pueden presentarse entre *autoridad* y *libertad* y, entre *derechos* y *derechos*. Cfr. *op. cit.*, págs. XIX a XXVI.

[15] RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad.María Guastavino, Barcelona, Ariel, 1995, pág. 44.

Rodolfo Arango y Tulio Chinchilla en torno a la obligatoriedad de los *derechos fundamentales* a cargo del Estado y al profundo contenido axiológico que les sirve de sustento. Para Arango los *derechos sociales fundamentales* son "derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general", conforme a los cuales las personas naturales son sus titulares y el Estado el obligado a garantizarlos, protegerlos y auspiciar su ejercicio[16]. Para Tulio Chinchilla, por su parte, hay dos coordenadas que permiten identificar un *derecho fundamental*, a saber: un sustento axiológico esencial que gira alrededor de la *dignidad de la persona*; y "una aptitud jurídica para ser amparado mediante determinado tipo de supergarantía". Con ese criterio, concluye: "Como *derecho moral con eficacia jurídica*, un *derecho fundamental* en manos del juez constitucional —y todos nuestros jueces lo son— es una patente para la creación de condiciones que disminuyan la desgarradora distancia que separa nuestro mundo cotidiano de exclusiones y penurias (de todo tipo), de ese estado ideal ético de plena realización humana que se conoce como *dignidad de la persona*"[17].

En lo que toca con el segundo aspecto en comentario, relacionado con la especificación de los *derechos* susceptibles de considerar como *fundamentales*, si bien el capítulo I del título II de la Constitución Política de Colombia se refiere a los *derechos fundamentales* no contiene una lista

[16] Véase Rodolfo Arango, *El concepto de derechos fundamentales*, Bogotá, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2005. Cfr. la definición de los *derechos sociales fundamentales* en pág. 1.

[17] Tulio Chinchilla, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2009, págs. 223 y 224.

taxativa porque o bien incluye *derechos* que no tienen esa condición, como es el caso del *derecho a la paz*, o bien excluye otros que están previstos en capítulos diferentes de la Carta Política, como ocurre con los *derechos fundamentales de los niños* a que se refiere el artículo 44, que hace parte del capítulo II del título mencionado, están consagrados en pactos o convenios internacionales o simplemente, al decir del artículo 94 de la Constitución, son inherentes a la persona. Así lo ha puntualizado la Corte Constitucional en las sentencias T-002 y T-008 de 1992 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz).

En definitiva, según suele anotarse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es al juez de tutela, y en su caso a la Corte Constitucional, a quien corresponde definir si, en un determinado supuesto, estamos o no ante un *derecho fundamental* que deba ser materia del amparo[18]. Como igualmente le corresponde decidir sobre la procedencia de la tutela respecto de derechos que si bien no son en principio *fundamentales* tienen una inequívoca conexidad con los *derechos fundamentales*[19]; criterio este que aún sigue vigente a pesar de la evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de *derechos económicos, sociales y culturales* que pueden tener la condición de *fundamentales* en forma autónoma y no por su vínculo con otros *derechos*[20].

[18] A manera de ejemplo, así lo ponen de presente MARIO MADRID-MALO GARIZÁBAL en *Derechos fundamentales*, Bogotá, 3R Editores, 1997 y MANUEL JOSÉ CEPEDA E., en *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Edit. Temis, 1997.

[19] Cfr., al respecto, sent. T-571 de 1992, M. P.: Jaime Sanín Greifenstein.

[20] Son numerosas las sentencias de la Corte Constitucional que tienen que ver con el tránsito del criterio de protección de los *derechos*

Es claro que si, por tal conexidad, la violación de un *derecho* de otra naturaleza se traduce en el quebrantamiento de un *derecho fundamental* la *tutela* de uno y otro es procedente.

b') *La progresividad en la garantía y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales de acuerdo con los pactos y declaraciones del derecho internacional humanitario. Su pertinencia para Colombia.* A partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proferida en el Palais Chaillot, de París, el 10 de diciembre de 1948, y a manera de síntesis antecedida por dos posiciones que se presentaron en el marco de las discusiones sobre su texto y sus alcances, la una partidaria de incluir los llamados derechos civiles y políticos y la otra de contemplar también los derechos económicos y sociales, fue clara la distinción entre esos dos tipos de derechos. A tal punto que, ya en 1966, se consideró indispensable arribar a dos convenciones o pactos con fuerza vinculante relacionados, en su orden, con los derechos civiles y políticos y con los derechos económicos, sociales y culturales[21]. Se reconoció, de esa manera, que si

---

económicos, sociales o culturales en virtud de su *conexidad* con *derechos fundamentales* a la tesis, hoy vigente en el pensamiento de la Corporación, sobre la viabilidad de su amparo como *derechos fundamentales autónomos* cuando esté de por medio la *dignidad de la persona* y se cumplan las demás condiciones que aquí se comentan. Empero, sin duda resulta de interés consultar la sentencia T-760 de 2008 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa) en la cual se hace una síntesis sobre esa temática.

[21] Los *países occidentales* abogaban por los *derechos civiles y políticos* en tanto que los *países orientales* prohijaban los *derechos económicos, sociales y culturales.* A la postre, se optó por proferir el mismo día, pero por separado, el texto que obraría como contenido de

bien la Declaración Universal de los Derechos del Hombre constituía una verdadera Carta Magna y un punto de referencia fundamental para el derecho internacional humanitario, no era menos cierto que como simple Declaración, que era, no tenía fuerza vinculante para los Estados y, por tal razón, era necesario arribar a pactos que sí tuvieran ese alcance, como en efecto ocurrió con los de 1966. Sobre esas mismas bases, se tuvo en cuenta que mientras la garantía y eficacia de los llamados derechos civiles y políticos procede de manera expedita, sin afectar en mayor grado los recursos del Estado, la de los derechos económicos, sociales y culturales sí implica un respaldo financiero creciente que impide su realización plena de manera inmediata e impone una eficacia progresiva o paulatina en el tiempo.

Sobre el significado de los *derechos sociales*, cabe acudir a NORBERTO BOBBIO quien aborda la temática desde una perspectiva histórico política muy interesante que corresponde a su reconocida vocación por el estudio de la estrecha relación que hay entre el derecho y la política e ilustra, por su claridad, cuanto se tratará a continuación sobre esta materia. Para el maestro italiano resulta necesario distinguir los derechos de la persona que tienen alcance individual (*derechos de la persona moral*) de los que le corresponden como consecuencia de su integración a la sociedad (*derechos de la persona social*). A la *persona moral*, según su discurso, cabe atribuir los llamados *derechos de libertad*

---

los pactos correspondientes a los dos grupos de derechos. Véanse los antecedentes de los dos Pactos en CONCETTA CACCAVIELLO, LUCA GALANTINI y ELPIDIO NATALE, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2006, págs. 19 a 31.

en tanto que a la *persona social* los *derechos sociales*, denominados también *derechos de justicia.*

La evolución de las sociedades hacia el reconocimiento y protección efectiva de los *derechos sociales*, al decir del maestro de Turín, evidencia el tránsito de la democracia simplemente liberal a la *democracia social*[22]. E implica, por supuesto, una visión del *derecho* que no se limite a los viejos parámetros del *Estado de derecho*, orientado, en esencia, a los *derechos civiles* y *políticos,* cuya intervención era mínima porque el paradigma dominante era el de *laissez faire-laissez passer,* con la menor interferencia posible del ente público en el ejercicio de los llamados *derechos de libertad.* Los vientos que informan al *Estado social* son los de la *redis-*

[22] Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, págs. 458 a 466. Clara expresión de esa conocida concepción jurídico política del maestro de Turín es su exposición sobre las cuatro etapas que ha transitado la historia del pensamiento y del derecho en lo que concierne a los *derechos del hombre*: La primera, caracterizada por las *declaraciones de derechos* incluidas en las primeras constituciones liberales; la segunda, evidenciada en la extensión y ampliación de los *derechos humanos* para cobijar libertades tan importantes como la de *asociación y* reconocer la igualdad de *género* en materia política, en especial el lo que atañe al *sufragio universal* y la protección y garantía de los *derechos sociales*, propia de la *democracia liberal y social*; la tercera, latente en la internacionalización del *derecho humanitario*, por la vía de *declaraciones* y *convenciones* al amparo de las cuales los seres humanos pueden procurar la efectividad de sus derechos ante organismos internacionales, más allá de los propios Estados que sobre ellos ejercen jurisdicción; y la cuarta, puesta de presente en la que BOBBIO denomina "especificación" de los *derechos humanos* (derechos de género, derechos de etnias, derechos de minorías, etc). Cfr. BOBBIO, *op. cit.*, págs. 437 a 439.

tribución del ingreso y de la riqueza, la distribución de los recursos del Estado en condiciones de justicia y la garantía de los *derechos sociales, económicos y culturales* los cuales no solo se han venido reconociendo progresivamente como *fundamentales* sino que, cada vez en mayor grado, se consideran esenciales para el cabal ejercicio de los *derechos de libertad*[23]. Todo ello, naturalmente, supone una decidida acción estatal que demanda recursos crecientes e impone, por tal razón, un compromiso del legislador y de los gestores de las políticas públicas que se encamine a la mayor garantía posible de esos derechos pero sin ignorar las limitaciones de la *hacienda pública* ni, con ellas, los límites racionales de lo que se haya de exigir a los asociados mediante los *impuestos* y los *tributos* en general.

El capítulo II del título II de la Constitución Política de Colombia se refiere a los *derechos económicos, sociales y culturales*, todos los cuales cabe encuadrar entre los que se han denominado *derechos* de las *segunda* y *tercera generaciones*, desde una perspectiva que reconoce que son derechos de desarrollo progresivo y no necesariamente de aplicación inmediata, especialmente en los *países en vías de desarrollo* en los cuales suele ocurrir que los recursos de la *hacienda pública* son insuficientes.

Desarrollo *progresivo* de los *derechos económicos, culturales y sociales* que no es solo una creación doctrinaria o jurisprudencial ni fluye fugaz o casualmente de nuestra Carta Política, sino que está expresamente previsto en nor-

[23] Sobre el tránsito de los *derechos de libertad* a los *derechos sociales, económicos y culturales* y el vínculo esencial de estos últimos con los primeros, véase a ALESSANDRA FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, *op. cit.*, págs. 115 a 129.

mas del *derecho internacional humanitario* que han sido acogidas por la ley colombiana y guardan plena armonía con el compromiso del Estado con "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población" y su objetivo prioritario y fundamental de "solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable", que con tanto énfasis prevé el artículo 366 de la Constitución Política.

Es una *progresividad* que al mismo tiempo entraña una obligación para el Estado pero reconoce que la garantía y efectividad plena de los comentados *derechos* depende de su viabilidad hacendística. Desde el primer punto de vista, el Estado debe ser persistente en el objetivo de hacer posible que la población disfrute en general de los *derechos* y, por tanto, no se quede simplemente con una titularidad abstracta y nominal, sin mayor realidad o efectividad concreta. Y desde la segunda de las perspectivas en cuestión, esa decidida y obligatoria acción estatal en pos de la efectividad de los derechos no puede ser caótica ni inconsulta, sino que necesariamente debe tener como entorno la capacidad financiera del ente público.

Uno y otro aspectos de la *progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales* siempre deben concurrir para cualquier apreciación sobre la acción social del Estado porque, de otra manera, si simplemente se aborda la cuestión de que se trate desde uno de los comentados puntos de vista, se transita indefectiblemente a la utopía o a la pérdida de legitimidad y credibilidad del ente público. Y así debe ser percibido, en particular, por el juez constitucional, sea cuando se pronuncie, con efectos *erga omnes*, sobre de-

mandas de inconstitucionalidad contra las leyes, sea cuando haga lo propio, con *efectos inter partes*, respecto de acciones de tutela de *derechos económicos, sociales o culturales*. Los fallos que se limitan a exigir y ordenar la eficacia plena de *derechos* de esta naturaleza, sin reparar en las condiciones que para tal fin ofrezca la Hacienda Pública y que, por tal razón, no se puedan cumplir en cabal forma, pueden erosionar la confianza de los asociados en el Estado, como un todo, y en la Corte Constitucional en particular. De ahí que la Corporación deba obrar con singular prudencia, de manera tal que, en cada caso, evalúe la finalidad fundamental de la eficacia de los comentados *derechos* desde la perspectiva de la capacidad financiera del Estado. No puede ni debe limitarse a exigir el cumplimiento de ese objetivo e impartir órdenes sobre cuya real posibilidad de acatamiento no tenga suficiente claridad; pero tampoco puede ni debe permitir que, so pretexto de la insuficiencia de recursos, el Estado no cumpla su deber constitucional ni su obligación de *derecho internacional humanitario* de avanzar, en forma sostenida y sin retrocesos, hacia el pleno goce de los *derechos económicos, sociales y culturales* de los asociados[24].

[24] La evolución de los Estados hacia el reconocimiento efectivo y la garantía de los *derechos fundamentales de contenido económico y social* ha sido otra de las razones esgrimidas por el autor de este libro para insistir en la importancia crucial que para las sociedades actuales, y consiguientemente para su expresión jurídica, representa la revisión de la tendencia, muy difundida en el mundo desde hace varias décadas a partir de la obra del notable maestro italiano ACHILE DONATO GIANINNI, a desconocer la unidad científica y didáctica del *derecho de la hacienda pública* y prohijar exclusivamente la autonomía del *derecho tributario*. La falta de conciencia sobre la unidad de la problemática financiera de la actividad del Estado, desde una perspectiva que tenga en cuenta la

Sentadas esas premisas veamos, a continuación y en lo pertinente, los pactos y declaraciones de *Derecho internacional humanitario* aprobados por Colombia de los cuales fluye, sin la menor duda el *principio de progresividad* en la protección y garantía de los comentados *derechos*:

1) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

---

correlación que hay entre los ingresos y los gastos públicos ha conducido, y puede conducir, a errores de gran alcance en la política fiscal de muchos Estados. No parece posible abordar los *principios impositivos* de *progresividad y tributación según la capacidad contributiva* si no se evalúan los fines de los impuestos cuya realización se confunde con la de los fines del Estado y, por ende, de los gastos públicos. Lo cual conduce, inequívocamente, en lo que es materia de estos comentarios, a que no es posible examinar con rigor los citados principios de la imposición si se desconoce el grado de cumplimiento, por parte del Estado, de los compromisos que ha asumido en virtud de los *pactos internacionales de derecho humanitario* que ha aprobado y de las disposiciones de la Constitución Política que garantizan los *derechos fundamentales* de los asociados. En pro de ese necesario retorno a la unidad del *Derecho de la hacienda pública* resulta de especial interés científico el pensamiento de la Escuela Napolitana de Derecho de la Hacienda Pública, expuesto y desarrollado por profesores de la Universidad Federico II como Oreste Ranelletti, Vincenzo Maria Romanelli Grimaldi, Francesco D'Alessio, Gustavo Ingrosso, Vincenzo Sica, Giuseppe Abbamonte o Andrea Amatucci. Véanse, al respecto, las versiones en lengua española e italiana de mi libro intitulado *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, Bogotá, Edit. Temis, vol. II en 2006 y vol. I en 2007. En la versión italiana, *Il diritto della finanza pubblica e il Diritto tributario*, tradotto da Andrea Amatucci, Napoli, Jovene Editore, 2009.

Políticos (conocidos, uno y otro, como "Pactos de Nueva York"): fue aprobado por Colombia mediante la ley 16 de 1972, y contiene los siguientes apartes directamente relacionados con el *principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*:

PREÁMBULO

Los Estados partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos,

Convienen en los artículos siguientes:

Artículo 2.—"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"[...]

Artículo 16.—"1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo. 2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto; b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de estos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos".

2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (7 al 22 de noviembre de 1969), conocida como "Pacto de San José". Fue aprobada por Colombia mediante la ley 16 de 1972, y contiene los siguientes apartes directamente relacionados con el *principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*:

PREÁMBULO

"Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del

ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos"[...].

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 2.—"*Deber de adoptar disposiciones de derecho interno*. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

CAPÍTULO III
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26.—"*Desarrollo progresivo*. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

3) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Eco-

nómicos, Sociales y Culturales proferido el 17 de noviembre de 1988 por la Asamblea General de los Estados parte en la Convención, conocido como «Protocolo de San Salvador»: fue aprobado por Colombia mediante la ley 319 de 1996, y contiene los siguientes apartes directamente relacionados con el *principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*:

PREÁMBULO

Los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica",

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que

jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros [...].

Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos;

Teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que estos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que pueden someterse a la consideración de los Estados parte reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales a esa Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades,

Han convenido en el siguiente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador":

Artículo 1.—"*Obligación de adoptar medidas.* Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen

a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".

Artículo 2.—"*Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno*. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos".

Artículo 19.—"*Medios de protección*. 1. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.

2. Todos los informes serán presentados al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el presente artículo. El Secretario General enviará copia de tales informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 3. El Secretario General de la Organiza-

ción de los Estados Americanos transmitirá también a los organismos especializados del sistema interamericano, de los cuales sean miembros los Estados partes en el presente Protocolo, copias de los informes enviados o de las partes pertinentes de estos, en la medida en que tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos, conforme a sus instrumentos constitutivos. 4. Los organismos especializados del sistema interamericano podrán presentar al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura informes relativos al cumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo, en el campo de sus actividades. 5. Los informes anuales que presenten a la Asamblea General el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura contendrán un resumen de la información recibida de los Estados partes en el presente Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes. 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 7. Sin

perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado. 8. Los Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de las funciones que se les confieren en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo".

c') *La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la progresividad en la garantía, protección y goce de los derechos económicos, sociales y culturales:*

1. *La progresividad desde la doble perspectiva de la obligación del Estado de avanzar permanentemente en la garantía y protección de los derechos económicos, sociales y culturales y la incidencia que deben tener las condiciones de la hacienda pública en cualquier evaluación que haya de hacerse sobre el grado de cumplimiento de esa obligación*:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado sobre los dos aspectos que aquí se comentan acerca de los alcances de *principio de progresividad*, según se observa a continuación:

1.1. *Planteamientos de la Corte sobre la obligación del Estado de avanzar, sin retrocesos, hacia la garantía y protección efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales*:

La Corte se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre la obligación estatal que entraña el *principio de*

progresividad desde el punto de vista de procurar la atención plena y el goce efectivo de los *derechos económicos, culturales y sociales*. Los siguientes son los fallos más relevantes al respecto:

• La sentencia C-251 de 1997 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero): en concordancia con los Pactos y Declaraciones del *derecho internacional humanitario*, la sentencia hace énfasis en la *unidad compleja* de los derechos humanos y su incidencia en la atención de los *derechos sociales* de la población. Dice la Corte: "[...]0 para proteger verdaderamente la dignidad humana es necesario que la persona no solo tenga órbitas de acción que se encuentren libres de interferencia ajena, como lo quería la filosofía liberal, sino que además es menester que el individuo tenga posibilidades de participación en los destinos colectivos de la sociedad de la cual hace parte, conforme a las aspiraciones de la filosofía democrática, y también que se le aseguren unas mínimas condiciones materiales de existencia, según los postulados de las filosofías políticas de orientación social. Los derechos humanos son pues, una unidad compleja. Por consiguiente, la dimensión prestacional del derecho constitucional a la seguridad social no puede constituirse en un obstáculo cuando resultan afectados derechos fundamentales para que sea exigible judicialmente frente a determinadas circunstancias (asunto justiciable)".

• La sentencia T-568 de 1999 (M. P.: Carlos Gaviria): la Corte repara en que la *progresividad*, desde la óptica de los recursos escasos con que cuentan las *haciendas públicas* nacionales, en especial en los *países en vía de desarrollo,* no se puede convertir en una vía de escape que les permita a los Estados incumplir sus obligaciones de *derecho*

internacional humanitario. Dice al respecto la sentencia: "el hecho de que esta afirmación sea abierta, y los medios utilizables por parte de los Estados laxos, no implica que los esfuerzos puedan ser mínimos: esta flexibilidad coexiste con la obligación de cada Estado Parte de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. A este respecto, hay que tener presentes las prescripciones de la legislación internacional sobre derechos humanos. Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos".

• La sentencia SU-624 de 1999 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero): la Corte repara en la obligación estatal de efectuar apropiaciones presupuestales que le permitan cumplir, en cabal forma, los compromisos que ha asumido Colombia en el marco del *derecho internacional humanitario*. Dice la Corte: "El Estado, para la efectividad de los derechos económicos-sociales no puede sustraerse al cumplimiento del deber jurídico de adoptar decisiones de carácter presupuestal para el efecto, cuando a ello sea obligado en virtud de tratados, pactos o convenciones de carácter internacional".

• La sentencia C-1165 de 2000 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra): como en el caso anterior, la Corte hace énfasis en la obligación estatal de conformar el *presupuesto público* de acuerdo con el objetivo de eficacia progresiva de los *derechos económicos, sociales y culturales*. Dice la Corte: "Es, pues, el Presupuesto General de la Nación un instrumento de obligatoria utilización por las autoridades públicas para

llevar adelante la política social del Estado colombiano, dentro de la cual se encuentra la seguridad social como un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección de la autoridad estatal, que la coordina y la controla con sujeción a principios de *eficiencia, universalidad* y *solidaridad*, conforme a la ley".

• La sentencia C-400 de 2003 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño): alude a la exigibilidad de los *derechos económicos, sociales y culturales*, en el *marco del Estado social y democrático de derecho* y a los compromisos que en esta materia ha asumido Colombia al vincularse a los pactos y declaraciones internacionales. Dice la Corte: "La jurisprudencia constitucional ha interpretado estos preceptos, para concluir que estas prerrogativas, pertenecientes a la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, son exigibles en el marco de Estado social democrático y de derecho, pues la idea que subyace al constitucionalismo democrático, que limita el poder de la mayoría a fin de evitar su ejercicio tiránico sobre la minoría y, en consecuencia, el desconocimiento de sus derechos, no se limita a la protección constitucional de los derechos civiles y políticos. Al igual que la libertad puede ser desconocida por la mayoría, en la medida en que la ley imponga restricciones desproporcionadas a los derechos civiles o que afecten su contenido esencial, también la ley puede vulnerar la dignidad e igualdad de las personas en caso de que desconozca o no desarrolle adecuadamente los derechos sociales prestacionales".

• La sentencia T-628 de 2007 (M. P.: Clara Inés Vargas): repara el fallo en la naturaleza de *derechos subjetivos*, y por tanto exigibles, que pueden tener los *derechos económicos, sociales y culturales* y en el compromiso que ello

entraña para la *hacienda pública.* Dice la sentencia: "La jurisprudencia constitucional se ha referido a los derechos prestacionales como aquellos que para su materialización requieren regulaciones normativas, apropiaciones presupuestales y la provisión de una estructura organizacional para su efectiva aplicación, al implicar la realización de prestaciones positivas principalmente en materia social para así entrar a asegurar las condiciones materiales mínimas para todos en condiciones de dignidad. Con fundamento en ello, se ha manifestado que el estado inicial de un derecho prestacional en su contenido programático tiende a transmutarse en un derecho subjetivo en la medida que se establezcan las condiciones necesarias para su efectiva aplicación, lo cual varía según el derecho de que se trate".

• La sentencia T-760 de 2008 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa): en esta providencia, cuya temática gira en torno a la consideración del *derecho a la salud* como *fundamental,* la Corte sintetiza los planteamientos básicos de su jurisprudencia sobre el alcance del *principio de progresividad* y de la obligación estatal que comporta, desde una perspectiva amplia que se refiere, en general, a las políticas públicas. Dice la Corporación: "Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional:

"La primera condición es *que la política efectivamente exista.* No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, como

se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, *cuando ni siquiera se cuenta con un plan* para progresivamente cumplirla.

"La segunda condición es que *la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho*. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) «*solo está escrito* y no ha sido iniciada su ejecución» o (ii) «que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable».

"La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) «*que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan*», o (ii) «*que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente*». Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico de que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar.

"En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicial-

mente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados.

"En el caso en que el juez de tutela constate la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental, debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas, propio de una democracia. Por tanto, no es su deber indicar a la autoridad responsable, específicamente, cuáles han de ser las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho, pero sí debe adoptar las decisiones y órdenes que aseguren que tales medidas sean adoptadas, promoviendo a la vez la participación ciudadana".

1.2. *Planteamientos de la Corte Constitucional sobre la viabilidad hacendística como condición para la garantía, protección y goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales*:

Este segundo aspecto del *principio de progresividad* también ha sido abordado por la Corte pero sin que haya arribado a criterios o parámetros precisos que permitan delimitar hasta qué punto el Estado puede esgrimir argumentos de tipo hacendístico para no dar cumplimiento inmediato a sus obligaciones en pos de la eficacia de los *derechos* en análisis. Según se puede confirmar con la lectura de sus sentencias más relevantes sobre este tema, en efecto, la conclusión básica de la Corte es que hay ciertos derechos que entrañan un *mínimo de satisfacción* que requiere atención estatal inmediata y sin dilaciones pero que, en su condición de tales, sugieren la posibilidad de que, en lo que exceda ese

mínimo, el Estado pueda acudir a la *progresividad*; vale decir, a políticas, planes, programas y metas que se dirijan a evolucionar, de modo creciente y sistemático, y no de manera súbita o inmediata, hacia el goce efectivo de los *derechos económicos, sociales y culturales*. Con todo, esa posibilidad no ha impedido que se concedan tutelas de inmediato acatamiento. Las sentencias más relevantes en esta materia son, en lo pertinente, las siguientes:

• Sentencia C-400 de 2003 (M. P.: Jaime Córdoba Triviño). Alude la Corporación a los Pactos de Nueva York, de 1966, y a su obligatoriedad para Colombia, pero con sujeción a las disponibilidades financieras del Estado. Dice la sentencia: "Colombia se encuentra [...] obligada por el citado «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales» cuyo artículo 2º preceptúa que «cada uno de los Estados Partes», entre otras cosas, «se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos»".

• Sentencia T-025 de 2004 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa). La Corte, en la sentencia, declaró que la situación de los *desplazados por la violencia* en Colombia ha originado un *estado de cosas inconstitucional* que, como tal, implica un pronunciamiento contundente y preciso del juez constitucional con órdenes concretas a las autoridades del Estado para que se adopten políticas, se fijen metas y se realicen apropiaciones presupuestales suficientes para que se

supere ese grave entorno de vulneración y desconocimiento masivo de los *derechos fundamentales* que agobia a tan amplio sector de la población como es el de los *desplazados*. Pero en lo que atañe a la temática de que aquí se trata, lo relevante de la sentencia es la distinción que hace entre la atención del *mínimo de derechos* de los *desplazados*, que es urgente y de inmediato acatamiento, y la adopción de programas, planes, metas y políticas que conduzcan al goce efectivo de sus derechos *económicos, sociales y culturales*.

Los *derechos* que imperiosamente deben ser atendidos "son aquellos que guardan una conexidad estrecha con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos" y, por tanto, requieren atención de modo inmediato, según órdenes que al efecto impartió la misma sentencia. Son ellos los siguientes: (i) el *derecho a la vida*. (ii) los *derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral*. (iii) el *derecho a la familia y a la unidad familiar*, (iv) el *derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital*; (v) el *derecho a la salud*; (vi) el *derecho a la protección frente a prácticas discriminatorias*; (vii) para el caso de los niños en situación de desplazamiento, el *derecho a la educación básica hasta los quince años*, (viii) el *derecho a la estabilización socioeconómica*, y (ix) el *derecho al retorno y al restablecimiento*. Respecto de todos estos derechos, según la sentencia, resulta forzosa e inaplazable la acción efectiva del Estado para garantizar su cumplimiento, en general, respecto de todos los desplazados, de manera tal que se supere la perniciosa práctica de exigir la *tutela*, caso por caso, para su plena *protección, garantía* y *goce*.

Pero respecto de los restantes derechos, la Corte reconoce, en el fallo, que la insuficiencia de los recursos de la *hacienda pública* inevitablemente conduce a la necesidad de establecer prioridades dirigidas al objetivo de arribar, a partir de metas, planes, programas y políticas que se conciban por las autoridades estatales, a garantizar la eficacia *progresiva* de los *derechos económicos, sociales y culturales* de las víctimas del desplazamiento. En tal sentido, dijo la Corporación: "Dadas las magnitudes actuales del problema de desplazamiento en Colombia, así como el carácter limitado de los recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer este cometido, es forzoso aceptar que al momento de diseñar e implementar [*sic*] una determinada política pública de protección a la población desplazada, las autoridades competentes deben efectuar un ejercicio de ponderación y establecimiento de áreas prioritarias en las cuales se prestará atención oportuna y eficaz a dichas personas. Por tanto, no siempre se podrá satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada, dadas las restricciones materiales y las dimensiones reales de la evolución del fenómeno del desplazamiento".

• Sentencia T-760 de 2008 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa). Reconoce la sentencia que en los casos en los cuales impere la *progresividad* en la efectividad plena de los *derechos* no resulta factible reclamar judicialmente su protección y atención inmediata. Dice la Corte: "La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso

al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse".

2. *Los límites del juez constitucional y la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales según la jurisprudencia de la Corte Colombiana*:

Cuanto se ha expuesto sobre el *principio de progresividad* en la protección, garantía y goce efectivo de los *derechos económicos, culturales y sociales* permite concluir que, a la luz de los compromisos internacionales del Estado colombiano y de lo previsto en disposiciones como los artículos 48, 350 y 360 de la Constitución Política, las autoridades están obligadas a concebir planes, programas, metas y políticas públicas encaminadas a la efectividad de los mencionados *derechos*, con parámetros precisos para su verdadera y oportuna realización. Si el Estado no estructura tales políticas, con un criterio imperante de mejora permanente e ininterrumpida, o retrocede en una determinada vigencia presupuestal respecto del estado de atención de los comentados *derechos* que hubiera operado precedentemente, incumpliría sus obligaciones de *derecho internacional humanitario* y sus deberes constitucionales, con las consecuencias que ello puede entrañar desde el punto de vista de sus relaciones con otros Estados y con las organizaciones internacionales y desde la perspectiva de la pérdida de legitimidad en el ámbito político interno.

En el contexto de la *progresividad*, la Corte Constitucional puede ejercer las competencias que le asigna la Constitución Política colombiana con alcances tales como la po-

sibilidad de declarar inexequible una ley de presupuesto que reduzca el *gasto social* en desmedro de lo previsto por el artículo 350 de la Carta. Mas lo que no resulta factible es que interfiera en el diseño de las políticas públicas y de los programas, metas y planes que impone esa misma *progresividad* so pretexto de velar por el cumplimiento de los compromisos internacionales y constitucionales del Estado. Puede, desde luego, dentro de la órbita de su competencia, hacer pronunciamientos relacionados con el Estado de cumplimiento de esas obligaciones con ocasión, por ejemplo, de una sentencia de tutela o con motivo de un fallo sobre la constitucionalidad de una ley; pero no con la fuerza vinculante ni con los alcances que ha dispuesto en las ya numerosas sentencias mediante las cuales ha declarado el llamado *estado de cosas inconstitucional*; sentencias en las cuales, como lo manifestó en su momento uno de sus magistrados, la doctora CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, ha asumido el papel de *estadista* y ha proferido órdenes e instrucciones que exceden, en grado sumo, los lineamientos propios de los fallos judiciales para adquirir, en muchos casos, las características propias de las *instrucciones de servicios*[25]. Veamos las palabras con que la doctora Vargas describe los alcances que ha de tener el papel del juez constitucional en esta materia:

"[...] Un juez constitucional mucho más activo socialmente, más comprometido en la búsqueda de soluciones profundas a los problemas que padece nuestro Estado y que

[25] Cfr. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, "La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela. El llamado estado de cosas inconstitucional", en *revista Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, núm. 1, Santiago de Chile, 2003, págs. 202 a 227.

repercuten en el disfrute cotidiano de los derechos fundamentales de los asociados. En definitiva, un juez constitucional que no se limita a impartir justicia para casos particulares, mediante una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada inter partes, *sino que asume una verdadera dimensión de estadista, erigiéndose en un agente de cambio, adoptando decisiones de gran calado que transcienden la esfera de lo particular, cuya ejecución compromete la acción coordinada de diferentes autoridades públicas*, y cuyo fin último es servir de catalizador a la actividad administrativa del Estado, a fin de modificar una realidad social intolerable y contradictoria a los principios que informan al Estado social del derecho" (la bastardilla no es del texto).

Empero, también se sigue, de lo analizado en las páginas anteriores, que la Corte Constitucional no solo es competente para reconocer la condición de *derechos fundamentales* de los *derechos económicos, sociales y culturales* que así deban ser tratados por su naturaleza y por el contexto que afronte su titular, y conceder o confirmar su tutela, sino que, a lo largo de una extensa e importante jurisprudencia que no se puede desconocer, ha hecho aportes invaluables para la realidad del *estado social y constitucional de derecho* en Colombia. Uno de esos aportes, sin duda, ha sido el tránsito de una posición inicial según la cual solo por su conexidad con *derechos fundamentales* puede ser factible la tutela de los aludidos *derechos económicos, sociales y culturales* a su consideración autónoma y directa como *derechos fundamentales*[26].

[26] Véanse al respecto, entre otras, las siguientes sentencias: T-006 (M. P.: Nilson Pinilla Pinilla), T-016 (M. P.: Humberto Sierra Porto) y T-034 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa), todas de 2007, y T-760,

Es a todas luces acertado, e indispensable, que la *tutela* no se conceda únicamente respecto de los llamados *derechos civiles y políticos* sino que se haga extensiva, también, a los *derechos económicos, sociales y culturales*; como lo es que ese amparo como *derechos fundamentales* gire en torno al principio esencial de la *dignidad de la persona,* se conceda en esencia a las personas que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad y dependa, en cada caso, de las circunstancias que afronte quien solicite la tutela, como bien lo ha entendido la Corte. En tal sentido, lo que se impone siempre que haya de evaluarse lo expuesto y decidido por la corporación, en estos supuestos, es el equívoco o el acierto del fallo correspondiente y no la competencia para proferirlo.

Lo que no parece de recibo es que, al amparo de su competencia en relación con *acciones de tutela*, trascienda el ámbito que la Constitución Política ha previsto para el cumplimiento de sus funciones y transite de los pronunciamientos esencialmente *inter partes*, que son propios de ese amparo constitucional de los *derechos fundamentales*, a decisiones de alcance general que imparten órdenes en materia de políticas públicas e invaden los radios de acción de las *ramas legislativa* y *ejecutiva del poder público*, con perniciosas consecuencias para el *principio de separación de poderes*.

Son de recordar, a este respecto, las siguientes advertencias que en su momento hiciera VLADIMIRO NARANJO MESA cuando se desempeñaba como magistrado de la Corte Constitucional de Colombia: "¿Tienen, o deben tener, los tribunales constitucionales injerencia en las decisiones polí-

---

de 2008. La última de las mencionadas sentencias, relacionada con el *derecho a la protección de la salud*, se examina en el literal siguiente de esta sección del libro.

ticas dentro de la organización estatal? O mejor, ¿deben los tribunales constitucionales jugar un papel protagónico dentro del sistema político del Estado? En mi sentir, la respuesta a las anteriores formulaciones no puede ser sino negativa [...] Lo qué es esencial en un régimen de separación de funciones entre las ramas y órganos del poder público, es decir, dentro de un Estado de derecho verdaderamente democrático, es que un órgano, so pretexto de ejercer sus competencias, no invada las que son propias de los otros órganos [...] Los miembros de un tribunal o Corte Constitucional, por la posición que ocupan como máximos jueces en estas materias, por la inmensa responsabilidad que asumen frente a la sociedad política, por la misma dignidad del cargo que ocupan, deben, a toda costa, evitar caer en la tentación de lo que se ha llamado el *populismo constitucional*. No es el suyo un papel mesiánico ni redentor. No les corresponde asumir, desde el estrado judicial, el rol de políticos, de legisladores o de gobernantes"[27].

Y es también pertinente poner de presente aquí el contraste entre dos fallos de la Corte Constitucional que tienen directa relación con esta temática[28]: las sentencias SU-111, de 1997 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) y T- 406, de 1992 (M. P.: Ciro Angarita Barón) en las cuales se aboga, en su

[27] VLADIMIRO NARANJO MESA, "El papel de los tribunales constitucionales en el sistema político", en *Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000*, compilación de varios trabajos, publicación de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001, págs. 489 a 495.

[28] A este contraste entre las dos sentencias alude con claridad TULIO CHINCHILLA en *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, *op. cit.*, págs. 225 a 227.

orden, por la preeminencia del principio liberal de *separación de poderes*, de manera que el juez constitucional no asuma funciones de legislador ni tome determinaciones propias de la rama ejecutiva del poder público, y por una nueva visión del aludido principio que no solo no es incompatible con el activismo judicial sino que lo supone y lo requiere. Veamos:

La sentencia SU-1111, de 1997, cuestiona el desplazamiento de las ramas ejecutiva y legislativa del poder público por parte del juez constitucional y defiende enfáticamente el principio de *separación de poderes,* con planteamientos como los siguientes: "La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político. La dimensión del Estado social de derecho, en cada momento histórico, en cierta medida, es una variable de la participación ciudadana y de su deseo positivo de contribuir al fisco y exigir del Estado la prestación de determinados servicios. No puede olvidarse que el Estado servicial corresponde a la misma comunidad políticamente organizada que decide atender y gestionar materialmente ciertos órdenes de la vida colectiva, para lo cual sus miembros conscientemente deben asumir las cargas respectivas y la función de control y fiscalización. *El Estado social de derecho que para su construcción prescinda del proceso democrático y que se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino... Sin necesidad de agotar los instrumentos genéricos diseñados por el constituyen-*

te para asegurar la efectividad de la cláusula del Estado social. Baste señalar que es principalmente a través del presupuesto y del proceso de planificación, a los cuales son inherentes diversos mecanismos de participación, como progresivamente puede hacerse realidad dicho ideario. Ciertamente todos los derechos constitucionales presuponen, en mayor o en menor grado, prestaciones a cargo del Estado y se proyectan en el plano de los principios objetivos del ordenamiento desde el cual las autoridades y los miembros de la comunidad reciben sus orientaciones de sentido más fundamentales y vinculantes. Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal —en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado—, extremo este que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial" (La bastardilla no es del texto).

La sentencia T-406, de 1992, por su parte, repara en los amplios poderes con que ha de contar el juez constitucional para cumplir su obligación de velar por la garantía y eficacia de los *derechos fundamentales* aunque por su ejercicio el principio de *separación de poderes* devenga relativo. Sus puntos de vista sobre el particular, son igualmente enfáticos: "El juez, en el Estado social de derecho, también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución —sus principios y sus normas— con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambas procesos de creación de derecho [...]. Existe una nueva estrategia

para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. *Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.* En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela [...]". *La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial.* Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados" (La bastardilla no es del texto).

Una y otra posiciones de la Corte Constitucional de Colombia han girado en torno a la eficacia y legitimidad de los fallos que profiera el juez constitucional, en especial en lo que concierne a los *derechos de segunda y tercera generación*. Pero, más allá de la indudable antinomia que se percibe en las dos sentencias, es de observar que si bien es claro que el juez constitucional puede y debe abogar por la efectividad de los *derechos fundamentales* y de que lo ideal sería que la totalidad de los *derechos económicos, sociales y culturales* que consagran nuestra Constitución y los tratados sobre *derechos humanos* que ha ratificado Colombia se cumplieran plena e inmediatamente en relación con todos los asociados, no se puede ignorar el hecho de que para su atención se requieren recursos de la *hacienda pública* que son escasos. La eficacia real de los *derechos fundamentales* de contenido social o económico impone un proceso sistemático y progresivo que tenga en cuenta la real capacidad financiera del Estado y no puede depender, simplemente, del capricho del legislador o del gobernante. En tal sentido, el juez constitucional tendrá siempre que velar por su total atención, pero sin perder el horizonte de la realidad hacendística estatal que obre como contexto[29]. El desconocimiento de esa realidad puede conducir a la pérdida de credibilidad en la Corte ante el hecho insuperable de que los fallos ilusorios que profiera

[29] De ahí que el artículo 26 del pacto de San José disponga expresamente tal progresividad en su atención. En el mismo sentido, véase a CRISTINA PARDO SCHLESINGER, "La acción de tutela y el derecho a la salud", en *Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000*, compilación de varios trabajos, publicación de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001, págs. 303 a 317.

no se puedan cumplir, en mayor o menor grado, o al menos no en los plazos o en las condiciones que al efecto se señalen. Por consiguiente, la viabilidad financiera pública de lo que ordenen la sentencias correspondientes no solo interesa a las autoridades de hacienda sino, de modo especial, a la propia Corte Constitucional. He ahí otra razón para poner de presente los perniciosos efectos a que pueden conducir los fallos de la Corte que si bien tienen su origen en *acciones de tutela* trascienden el alcance individual que les son propios para convertirse en órdenes e instrucciones de políticas públicas que son de la órbita de las otras ramas del poder público.

Es indudablemente un mérito de nuestra jurisprudencia constitucional advertir que los *derechos económicos, sociales y culturales* pueden tener la connotación de *derechos subjetivos* y *fundamentales* que, al decir de RODOLFO ARANGO, entrañen una *posición jurídica* e impliquen una obligación cierta y efectiva a cargo del Estado cuyo cumplimiento pueda ser exigido por sus titulares[30]. En ese sentido, puede decirse que vivimos un *constitucionalismo social* de vanguardia. Pero lo que genera inquietudes es la comentada interferencia de la Corporación en las *políticas públicas* con alcances que, sin duda, exceden el ámbito individual de la *tutela*, como ha ocurrido recurrentemente con los fallos que declaran el llamado *estado de cosas inconstitucional.*

b) *El activismo judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.* Ya Colombia ha conocido sentencias de la Corte Constitucional que no se limitan a declarar la inexequibilidad de las leyes contrarias a la Carta, sino

[30] Cfr. RODOLFO ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, caps. I y III.

que crean directamente normas que se agregan al ordenamiento vigente y deben ser cumplidas a cabalidad por los asociados. Aún más, vivimos también, a partir de la Constitución de 1991, la inmediata e imperativa participación de la misma Corte en las políticas públicas mediante la declaración del llamado *estado de cosas inconstitucional*, en el marco de acciones de tutela que en principio deberían generar únicamente efectos individuales pero que, al decir de la corporación, por su recurrencia y la constante y masiva vulneración de derechos fundamentales que les sirven de contexto, sugieren la necesidad de una medida de mayor alcance y cobertura: la calificación de ese presupuesto fáctico de violación generalizada de derechos fundamentales como un *estado de cosas inconstitucional* que habilita a la Corte para impartir órdenes de dimensiones notoriamente más amplias que las que origina la tutela y, por esa vía, suelen entrañar una intervención directa de la Corporación en las *políticas públicas.*

A todo lo cual cabe agregar que la Corte ha concluido que, en ejercicio de la guarda de la integridad de la Constitución Política, que le compete, y con el objeto de proteger los derechos fundamentales, y de manera muy especial el *derecho a la vida*, puede y debe ordenar en ciertas ocasiones la realización de *gasto público.* Y lo ha hecho tanto al pronunciarse sobre acciones públicas de inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*, como con ocasión de la tutela de derechos fundamentales con efectos en relación con la persona afectada.

Su labor en el orden social, bueno es reconocerlo una vez más, ha sido trascendental y, en lo que concierne específicamente a la tutela, se ha hecho extensiva en general a todos los jueces del país. Esta obra no puede menos que hacer

suyo lo que sobre el particular dijo el profesor MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en su momento magistrado de la corporación: "No se puede retroceder. Lo que se ha dado en Colombia, a mi juicio, es una revolución silenciosa y pacífica en defensa de la dignidad humana. En ella todos los jueces del país han jugado un papel [*sic*] crucial por el cual los ciudadanos, y hablo ahora como ciudadano, les estamos sinceramente agradecidos"[31].

De lo que aquí se trata es de aludir a algunas expresiones de ese activismo de la Corte que indudablemente invitan a la reflexión y en ocasiones preocupan por lo que significan para nuestro sistema liberal de separación en ramas del poder público. Según se verá a continuación, la Corte no solo ha concurrido directa y permanentemente en la creación de *derecho positivo* sino que se ha convertido en protagonista de primer orden en la fijación y ejecución de las políticas públicas del país, con lo cual la vieja identificación del juez constitucional como un *legislador negativo* ha sido ampliamente superada. Las más de las veces sus fallos han sido acertados y edificantes para nuestro *Estado social y constitucional de derecho*. Pero en ocasiones, por demás importantes y de profundos alcances, han evidenciado excesos susceptibles de cuestionar y de originar una sana controversia nacional que no debe pasar desapercibida. Veamos:

1) *Jurisprudencia sobre inversiones forzosas que ocultan impuestos.* En primer lugar, la sentencia C-149, del 22 de abril de 1993, (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo), por la cual se declararon inexequibles los artículos 16, 17 y 18 de la ley 6ª de 1992, relacionados con los "bonos para de-

[31] MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007, pág. 117.

sarrollo social y seguridad interna" (BDSI) que debieron adquirir los contribuyentes del impuesto sobre la renta que reunieran las condiciones previstas en el ordenamiento, pero cuyo capital fue devuelto a los "inversionistas" antes del vencimiento como consecuencia de la inexequibilidad. La Corte consideró que si bien en apariencia se trataba de "inversiones forzosas", los pretendidos "bonos" comportaban en realidad un impuesto establecido en ejercicio del poder de imperio y con todas las características que suelen tipificar a esta especie de tributo, pero en abierta contravención con el artículo 363 de la Carta, por el cual se prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes tributarias. A juicio de la Corporación, el hecho de que la supuesta "inversión" no generara ningún tipo de rendimiento para el "inversionista" evidenció la naturaleza impositiva de la prestación y la consiguiente violación del precepto constitucional citado. Sobre esas bases, y a fin de descartar un enriquecimiento sin causa justa por parte del Estado, fruto de las sumas recaudadas con anterioridad al fallo, ordenó "al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar, en un término que no podrá ser superior a seis meses contados a partir de la fecha de la comunicación de esta sentencia, la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de la aplicación del artículo 17 de la ley 6ª de 1992"[32].

[32] En realidad, como se explica en el volumen II del libro de *Derecho de hacienda pública y derecho de la hacienda tributaria,* el tributo en comentario no era un *impuesto* oculto tras el ropaje de la *inversión forzosa,* como lo sostuvo la Corte en la sentencia, sino una *contribución especial* por un servicio impuesto de tipo financiero que violaba lo previsto en el artículo 338 de la Constitución Política porque en lugar de generarle beneficio le ocasionaba prejuicios a los inversionistas.

2) *Jurisprudencia sobre incompatibilidad de las regalías y los impuestos*. En segundo lugar, la sentencia C-221, del 29 de abril de 1997 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero) por la cual se declaró la "inexequibilidad diferida", o la "exequibilidad temporal", del literal a) del artículo 233 del decreto-ley 1333 de 1986, relacionado con la autorización a los concejos municipales y al Distrito Especial de Bogotá para establecer el "impuesto de extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los cauces de los ríos y arroyos, dentro de los términos municipales, sin perjudicar el laboreo y el aprovechamiento legítimo de las minas y de las aguas"[33].

A juicio de la Corte, los impuestos en cuestión son incompatibles con las regalías porque, a la luz de la ley acusada, tienen como hecho generador la "explotación de los recursos naturales no renovables", es decir, el mismo presupuesto que da origen a la obligación de pagar "regalías". En su opinión, la posibilidad de que los concejos municipales graven con el impuesto en comentario la explotación de ese tipo de recursos contrasta con el propósito del constituyente de auspiciar un sistema nacional de regalías que, en las precisas condiciones que disponga la ley de regalías (hoy la ley 141 de 1994), beneficie a la generalidad de las entidades territoriales y no únicamente a los municipios en cuya jurisdicción tiene lugar la explotación. Empero, la misma corporación asumió, sin reservas, la posición de creadora de derecho al ejercer su función de establecer los efectos de sus fallos en el tiempo y disponer que la inexequibilidad solo será "diferida", mientras el Congreso cumple con su compromiso constitucional de establecer regalías sobre ese tipo de explotaciones a que se refiere la ley censurada. Al respecto, tuvo en

[33] La sentencia se analiza en detalle en el Apéndice III de esta obra.

cuenta que en ausencia del gravamen autorizado no habría regalías a cargo de los explotadores y, amparada en antecedentes de tribunales constitucionales de otros países y en su deber de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, decidió declarar exequible la norma pero por espacio de cinco años. En los ordinales segundo y tercero de la parte resolutiva del fallo se aprecia con claridad ese poder cuasilegislativo de la Corte que se pone de manifiesto también en los considerandos del fallo, en los cuales la corporación esgrime sus puntos de vista a la manera de un Parlamento en proceso de creación de leyes:

"Segundo: declarar *exequible*, en el entendido [*sic*] que las explotaciones de los recursos naturales no renovables requieren de licencia ambiental de acuerdo con las exigencias de la ley 99 de 1993, y en forma temporal por un plazo de cinco años contados a partir de la notificación de la presente sentencia, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986.

"Tercero: *exhortar* al Congreso para que, en cumplimiento del deber impuesto por el artículo 360 de la Constitución, y con la libertad democrática que le es propia, defina en un plazo de cinco años, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, el régimen de regalías de aquellos recursos naturales no renovables, cuya explotación aún no está sujeta al pago de la contraprestación *regalía* exigida por la norma constitucional. Expedida durante este término la correspondiente norma legal, el literal a) del artículo 233 del decreto 1333 de 1986 será *inexequible*, en caso de no haber sido derogado por la ley"[34].

[34] La sentencia se preocupa por advertir que una decisión como la contenida en ella, lejos de pretender desplazar al Parlamento, titular del poder de hacer las leyes, procura facilitar su función en la misma medida que permite que su creación normativa subsista dentro del orde-

3) *Jurisprudencia en que se ordena gasto público.* En tercer lugar, cabe aludir a algunos de los fallos en los cuales la Corte ha obrado como ordenadora del *gasto público*, en el marco de una clara e inmediata injerencia en el ejercicio de las funciones de la *rama ejecutiva* del *poder público*.

• La sentencia C–1433, de 2000 (M. P.: Antonio Barrera Carbonell), por la cual declaró inexequible la ley 547 de 1999, correspondiente al presupuesto para el año 2000, por no haber establecido un incremento en los salarios de los empleados públicos por lo menos igual al índice de inflación. En esa sentencia, la Corte ordenó al Estado efectuar un incremento superior al inicialmente previsto y, como consecuencia, al Congreso la aprobación de una adición presupuestal para efectuar el mayor gasto. Es interesante transcribir aquí los apartes de la sentencia que ordenaron la realización de gasto público por ese concepto:

"[...] *2.11. Ordenará poner en conocimiento del señor presidente de la república y del honorable Congreso de la República la decisión contenida en la presente sentencia, para que dentro de la órbita de sus competencias constitucionales, cumplan con el deber omitido, antes de la expiración de la vigencia fiscal*"[35].

---

namiento hasta cuando transcurra el término prudencial previsto en el fallo o hasta el día en que se derogue por el legislador. Entre los antecedentes de otros países, la sentencia alude a la Jurisprudencia de los tribunales constitucionales austríaco y alemán y sus planteamientos sobre los diversos tipos de decisiones en relación con el efecto temporal de sus sentencias, incluidas las de "inexequibilidad diferida". Véase, al respecto, el apéndice III de esta obra.

[35] También se ocupó del tema la sentencia C-815 de 1999 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo). Sobre la jurisprudencia de la Corte en esta materia se ha enfatizado en que la orden de incrementar los

Posteriormente, mediante la sentencia C-1064 de 2001 (M. P.: Manuel José Cepeda E.), y con ocasión de una demanda contra la ley 628 de 2000, por la cual se aprobó el presupuesto para la vigencia de 2001, la Corte se pronunció sobre una demanda similar a la que originó la sentencia anterior y morigeró su posición inicial para establecer una serie de pautas sobre *política salarial,* con reglas específicas de aumento según los niveles de salario, y declaró exequible a la normativa censurada.

• La sentencia SU-819, de 1999 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis), por la cual se le concedió la tutela del *derecho a la vida*, mediante la orden de remitirlo al exterior para transplante de médula espinal, a un paciente que sufría de la enfermedad denominada *leucemia mieloide crónica* pero a primera vista no podía ser cubierto por la Empresa Promotora de Salud (EPS). La Corte dispuso que la EPS, en virtud de la tutela concedida, podía repetir contra el Estado por el importe de los gastos correspondientes. Fruto de esa deci-

---

salarios de los servidores públicos, en el año 2000, como mínimo según la inflación, no reparó en que el aumento por debajo de la inflación, inicialmente previsto, obedeció a que en 1999 el incremento de los salarios había sido de cerca del 15,2 por ciento, no obstante que la inflación fue del 9,2 por ciento. Se anota, además, que los aumentos salariales deben tener en cuenta la productividad y que la medida dispuesta por la Corte no solo no consultaba el antecedente anotado sino que resultaba inequitativa porque nada disponía sobre los empleados del sector privado y, por otra parte, inducía despidos en el sector público. El impacto de la medida en la *hacienda pública* nacional fue de $ 850.000 millones en el año 2000 y cerca de $1.2 billones en el año 2001, además de su efecto multiplicador en los ejercicios siguientes. Todo ello ha sido puesto de presente por SERGIO CLAVIJO en *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega, 2001, págs. 32 a 40.

sión de la Corte, también en este caso el Congreso tuvo que aprobar una adición presupuestal. Los términos en que se pronunció sobre el particular, fueron los siguientes:

"[...] Declarar que la empresa promotora de salud Colmena tiene derecho a repetir proporcionalmente contra el Ministerio de Salud-Fondo de Solidaridad y Garantía, para que este le reembolse el valor del tratamiento suministrado en el exterior al menor Alejandro Moreno Parra, incluyendo los procedimientos, medicamentos, gastos de traslado y otros, con descuento de la suma equivalente al costo que debió asumir Salud Colmena en caso de haber sido viable el transplante análogo en Colombia, sin tener que acudir por ello a la jurisdicción ordinaria".

4) *Jurisprudencia en materia pensional. La mesada catorce.* En cuarto lugar, los controvertidos fallos proferidos por la Corte en relación con el régimen pensional colombiano, en particular en lo que tiene que ver con la llamada *mesada catorce*, la cual fue prevista inicialmente por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 como mecanismo para que los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1988 fueran compensados por la desproporción a que quedaron sometidos en relación con los pensionados desde esa fecha. La Corte, mediante las sentencias C-409 de 1994 (M. P.: Hernando Herrera Vergara), C-461 de 1995 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-529 de 1996 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero) y C-756 de 2004 (M. P.: Jaime Araújo Rentería), estructuró su jurisprudencia en pos de extender ese beneficio a todos los pensionados, incluidos no solo los que adquirieron la condición de tales desde el 1° de enero de 1998 sino, además, los favorecidos con regímenes pensionales especiales. Estos pronunciamientos de la Corte en pro

de la igualdad, según lo apunta SERGIO CLAVIJO, no solo no cumplieron ese *principio* sino que lo desconocieron porque la razón de ser de la *mesada catorce*, prevista para los pensionados antes del 1º de enero de 1998, era precisamente mitigar el desnivel en que quedaron respecto de los restantes pensionados. Según el economista colombiano, el impacto hacendístico de esa decisión de la Corte, en cifras de 2004, arribaba a $ 450.000 millones, equivalentes al 2 por ciento del Producto Interno Bruto (PIB)[36].

5) *Jurisprudencia sobre el principio de justicia de los impuestos. El I.V.A. sobre los bienes de primera necesidad.* En quinto lugar, la meritoria jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los *principios* de *progresividad* y *justicia* del *sistema tributario*, de la cual, sin la menor duda, es elocuente expresión la sentencia C-776 de 2003 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa), en la que la corporación declaró inexequible al artículo 116 de la ley 788 de 2002, por la cual se estableció el impuesto sobre el valor agregado (I.V.A.) sobre los *bienes y servicios de primera necesidad.* La Corte examinó en el fallo no solamente el *principio de justicia* sino, además, la estrecha relación que existe entre los *principios* de *reserva de ley tributaria* y *capacidad contributiva*, por lo que significan el debate parlamentario y el conocimiento público de las medidas de tipo tributario que pueda incidir en la justicia del *sistema.* Con fundamento en esta última consideración, la Corte adujo, como una de las razones para la inexequibilidad, el hecho de que la medida

[36] Véase a SERGIO CLAVIJO, "Impacto económico de algunas sentencias de la Corte. El caso de la mesada pensional catorce y de las regulaciones de vivienda", en *www.banrepublica.gov.co*, consulta de 3 septiembre 2008.

no tuvo los debates parlamentarios que exigen la Carta Política de Colombia y el *reglamento del* Congreso.

6) *Jurisprudencia sobre el derecho a la vivienda.* En sexto lugar, la discutida jurisprudencia de la corporación sobre el *derecho a la vivienda digna*, que reconoce y proclama la Constitución Política, jurisprudencia desarrollada mediante las sentencias C-383 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra), C-700 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo), la C-747 de 1999 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra), en la cual la Corte tomó la loable determinación de proteger a los afectados con el crecimiento desmesurado de sus deudas de capital por préstamos para vivienda, originada como consecuencia de la grave coyuntura de recesión que afrontaba el país y de las reglas previstas en nuestro ordenamiento para la indexación del principal y la generación de intereses a cargo de los deudores. Los pronunciamientos de la Corte Constitucional, lo mismo que la ley 546 de 1999 a que dieron lugar, condujeron a un alivio general por la reducción significativa de los saldos adeudados y fueron concordantes con la orden a la Superintendencia Bancaria de certificar las *tasas de interés reales* que cobran las entidades financieras, la exigencia adicional de que para los préstamos de vivienda operen tasas más bajas que las normales y el reconocimiento de la posibilidad de pago anticipado de deudas hipotecarias (sents. C-955 de 2000, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo y C-252 de 1998, M. P.: Carmenza Isaza de Gómez). A lo cual cabe agregar la importante jurisprudencia de tutela que se ha desarrollado en torno a dos temáticas de tipo procesal, a saber: el derecho de los deudores a la *reliquidación de los créditos* que precedentemente se expresaran en UPAC, hasta el punto de permitirles formular su petición en tal sentido

en cualquier fase en que se encuentre el proceso ejecutivo que afronten y aunque ya haya transcurrido el término para proponer excepciones y se haya proferido sentencia en firme[37]; y la terminación de los procesos ejecutivos que se encontraran en curso el 31 de diciembre de 1999, fecha de referencia para la reliquidación de los créditos cuantificados en UPAC[38].

Lo que se ha cuestionado, de la jurisprudencia constitucional y de la ley 546, es que no ofrecieron soluciones verdaderamente justas porque no distinguieron según los estratos correspondientes a las viviendas materia de las medidas, no establecieron topes máximos para la reducción del principal[39] y no pusieron realmente fin al problema del incremento desmedido de los saldos de capital con la sustitución del sistema de las *unidades de poder adquisitivo de valor constante* (UPAC) por el de las *unidades de valor real* (UVR). De hecho, hoy es una realidad que en los juzgados del país cursan numerosos *procesos ejecutivos con título hipotecario* que ponen de manifiesto que el régimen de las UVR no fue la vía que se esperaba para superar los problemas que en su momento generaran las UPAC.

7) *Jurisprudencia sobre el derecho de petición.* En séptimo lugar, la meritoria jurisprudencia que, en ausencia de leyes sobre el particular, ha desarrollado en torno al *derecho de petición* a que se refiere el artículo 23 de la Constitución

[37] Cfr., a manera de ejemplo, sent. T-597 de 2006, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

[38] Al respecto, es de citar la sent. SU-813 de 2007, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[39] Véase *ibidem*, segunda parte del *ensayo* del profesor SERGIO CLAVIJO.

Política; norma en la cual, es bueno recordarlo, se establece que el legislador puede reglamentar el ejercicio de ese *derecho* ante entidades privadas para garantizar los *derechos fundamentales*. Es de destacar, en cuanto al texto, la jurisprudencia relacionada con el ejercicio del *derecho de petición* ante el *sector privado* con numerosas hipótesis sobre su procedencia, entre las cuales cabe mencionar las siguientes: la expedición de *certificados laborales* para acceder a un nuevo empleo; la entrega de la información necesaria para los fines de la *pensión de jubilación* o por *vejez*; la entrega de información, por parte de las entidades financieras, para el ejercicio del *habeas data*; la entrega de información, por parte de las entidades financieras, acerca del estado de las obligaciones crediticias cuando ello sea necesario para créditos encaminados al acceso a la vivienda digna[40]. Del propio modo, sobresalen las precisiones que ha hecho la Corte sobre el *derecho de petición* ante las autoridades judiciales; derecho que, a su juicio, procede respecto de las actuaciones administrativas pero no en relación con los actos judiciales o procesales[41].

8) *Jurisprudencia sobre el habeas data*. En octavo lugar, la igualmente importante jurisprudencia sobre el *habeas data* que ha desarrollado la Corte Constitucional, en ausencia de precisiones legislativas acerca del sentido y los alcances del artículo 15 de la Constitución. La Corte ha estable-

[40] Cfr. son significativas, al respecto, en el orden temático que aquí se enuncia, las sents. T-738 de 1998 (M. P.: Antonio Barrera Carbonell), T-131 de 1998 (M. P.: Hernando Herrera Vergara), T-594 de 1992 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo) y T-219 de 1995 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

[41] Cfr., sent. T-241 de 2000 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra).

cido numerosas pautas para delimitar el *derecho a la actualización de la información* y las condiciones en que pueden operar las llamadas *centrales de riesgo*, siempre en el marco de una notoria creación jurisprudencial de derecho de la cual es emblemática la sentencia T-774 de 2007 (M. P.: Nilson Pinilla Pinilla), en uno de cuyos apartes precisa la corporación que "no se trata de impedir el manejo de información personal sino de proteger ante el uso indebido de la misma, de modo que no se conculquen la intimidad y el buen nombre de las personas"[42].

9) *Jurisprudencia sobre mínimo vital y el principio de dignidad de la persona.* En noveno lugar, la jurisprudencia relacionada con el llamado *mínimo vital*, la cual le ha permitido a la Corte, con el apoyo doctrinario de autores como AMARTYA SEN, desarrollar profundos planteamientos sobre el *derecho a la subsistencia* y los *principios de dignidad* e *igualdad material.* De las numerosas sentencias que la Corte ha proferido sobre el particular, se destacan la SU-111 de 1997 y SU-225 de 1998[43].

10) *Jurisprudencia sobre el estado de cosas inconstitucional.* En décimo lugar, los fallos mediante los cuales la Corte Constitucional de Colombia ha declarado el llamado *es-*

[42] Cfr. sent. T-774 de 2007.

[43] En la sentencia SU-225 de 1998 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Constitucional hizo especial énfasis en el artículo 44 de la Constitución Política y los *derechos fundamentales de los niños* y confirmó la tutela a favor de cuatrocientos dieciocho menores de bajos recursos, cuyos padres se desempeñan en la *economía informal*, a ser vacunados gratuitamente contra la meningitis. Uno de los aspectos centrales de la sentencia fue la reiteración de los puntos de vista de la Corte sobre el *mínimo* vital y el *derecho a la vida.*

tado de cosas inconstitucional, en los que su activismo le ha permitido intervenir, de modo imperativo, en el diseño y ejecución de las políticas públicas mediante sentencias y autos cuya referencia en esta obra es muy pertinente. La Corporación ha arribado a la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional* cuando concurren la violación masiva de derechos fundamentales, las deficiencias estructurales para su atención y la falta de voluntad de las autoridades estatales, en todo o en parte del territorio nacional, de forma tal que, ante esa situación, se puede generar una gran proliferación de tutelas, con graves consecuencias para la congestión de los despachos judiciales. Para la entronización de ese instrumento de intervención directa de la Corte, con efectos generales y no *inter partes*, ha sido definitiva la influencia de ROBERT ALEXY y sus planteamientos sobre los *derechos fundamentales* como *mandatos de optimización* que demandan una activa función del Estado para su cabal efectividad[44]. A partir

[44] Véase, al respecto, a CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, "La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela. El llamado estado de cosas inconstitucional", en *Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, núm 1, Santiago de Chile, 2003, págs. 202 a 227. El ensayo cita algunos apartes de las jurisprudencias española y norteamericana que apuntan hacia la "objetivación de los derechos fundamentales". De la jurisprudencia norteamericana menciona, en especial, al caso Brown II, sobre *discriminación racial*. Al respecto, cabe mencionar aquí la sección que dedican KATLEEN SULLIVAN y GERALD GUNTHER al tema de la "Unconstitutionality of racial segregation", en *Constitucional law*, New York, Foundation Press, 2004, págs. 671 a 685. El caso Brown II (Brown V. borrad of education) fue materia de una sentencia de 17 mayo 1954, versa sobre la inconstitucionalidad de la discriminación racial en la educación pública y fue fruto de un largo

de tan reconocida como acertada posición del autor de la *Teoría de los derechos fundamentales*, la Corte ha enfatizado en el necesario tránsito de la *subjetividad a la objetividad* de tales *derechos* para concluir que son posibles los fallos que, en pro de su efectividad, trasciendan el efecto *inter partes* de la *tutela* y adquieran la connotación de órdenes generales que delimiten políticas públicas y tengan fuerza imperativa sobre los funcionarios de las diferentes ramas del poder público a los cuales se dirijan. Del propio modo, ha sido determinante en este tipo de pronunciamientos el *principio de progresividad* en la garantía, protección y goce efectivo de los *derechos económicos, sociales y culturales,* que se examina en páginas anteriores. Según lo anotado, la expresión concreta de ese principio, en el orden estatal, es, y debe ser, la adopción de programas, planes, metas y estrategias que se dirijan a ese objetivo final, temática que, como se observa en la jurisprudencia que aquí se examina, ha sido de especial interés para la Corporación.

En las sentencias que en tal sentido ha proferido, la Corte ha impartido órdenes perentorias a las autoridades, con plazos precisos para su acatamiento, que complementa o desarrolla con autos para delimitar el alcance de sus mandatos y de las obligaciones de sus destinatarios[45]. Órdenes que, bue-

---

proceso de transición que halla sus orígenes en la guerra civil decimonónica. Fruto de tan famosa sentencia son inadmisibles hoy las políticas de separación entre negros y blancos en las universidades. Es, por tanto, un caso muy vinculado a la historia norteamericana que fue precedido por la causa Brown I, cuya sentencia tuvo la misma orientación pero no contó con plena aplicación en la práctica.

[45] Sobre el *estado de cosas inconstitucional* trata el Apéndice IV, de esta obra, relacionado en particular con el *desplazamiento forzado por la violencia en Colombia*.

no es advertirlo una vez más, si bien nominalmente son de una u otra índole difieren, en alto grado, de las que usualmente caracterizan a las *sentencias de tutela* y a las llamadas *sentencias unificadoras*, porque no tienen un alcance individual sino que suelen ser de muy amplio contenido, hasta el punto de adquirir las características propias de los actos que definen y orientan las *políticas públicas*[46]. Las sentencias más relevantes que sobre el particular ha proferido la Corte son las siguientes:

• La sentencia SU–559 de 1997 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), relacionada con omisiones en la afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

• Las sentencias T–153 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), T–590 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero) y T–606, (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo), todas de 1998, sobre violación de derechos fundamentales de los internos en las cárceles de Colombia.

• La sentencia T–559 de 1998 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa), sobre retardo en el pago de pensiones en el Departamento del Chocó.

[46]Mediante las *sentencias unificadoras* la Corte se pronuncia, con alcances generales, pero respecto de situaciones específicas en las que se encuentren los titulares de los derechos tutelados. No se trata, por consiguiente, de mecanismos de intervención del juez constitucional en las políticas públicas, a diferencia de lo que ocurre con el "estado de cosas inconstitucional". Las *sentencias unificadoras* (SU) tienen por objeto unificar la jurisprudencia constitucional en materia de *derechos fundamentales* y son proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, a diferencia de las sentencias de tutela que corresponde a salas de tres magistrados.

• Las sentencias T-068 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero) y T-439 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa), ambas de 1998, sobre afiliaciones a la Caja Nacional de Previsión.

• La sentencia T-289 de 1998 (M. P.: Fabio Morón Díaz), sobre retardo en el pago de salarios por el Municipio de Ciénaga.

• La sentencia T-1695 de 2000 (M. P.: Marta Victoria Sáchica Méndez), sobre omisión de la convocatoria para concurso de notarios.

• La sentencia T-025 de 2004 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa), sobre derechos fundamentales de la población desplazada por la violencia.

11) *Jurisprudencia sobre el derecho a la salud como fundamental.* Y en undécimo lugar, es de mencionar la sentencia T-760, de 2008 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual la Corporación, sin declarar el *estado de cosas inconstitucional* y con ocasión de veintidós acciones de tutela relacionadas con el *derecho a la salud*, tuvo a bien intervenir activamente en las políticas públicas relacionadas con la materia, con un alcance extensivo a la totalidad de la población colombiana. Una sentencia de singular trascendencia histórica y profundo contenido social, cuya ejecución efectiva implica cerca de seis billones de pesos anuales para la *hacienda pública*. Mediante el fallo, la Corte profirió numerosas órdenes dirigidas al Ministerio de la Protección Social, la Comisión de Regulación en Salud, el Consejo Nacional de Seguridad Social, la Superintendencia Nacional de Salud y el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) que, sin la menor duda, desbordaron el radio de acción propio de la tutela para adentrarse, en general, en cuanto tiene que ver con el *sector de*

la salud, el *plan obligatorio de salud* (POS), los *regímenes contributivo* y *subsidiado*, los *recobros al Fosyga*, la *cobertura nacional de la salud* y las *cartas de derechos de los afiliados*, entre otros temas. Bien puede decirse que estamos ante una sentencia que expresa claramente lo que significan el llamado *constitucionalismo social*, el liderazgo que alrededor del mismo le incumbe al juez constitucional y el relativismo actual del principio liberal de la separación en ramas del poder público ante la realidad del poder supremo que viene ejerciendo la Corte[47].

3. A manera de conclusión. Los límites razonables del activismo judicial

Cuanto se ha comentado aquí sobre la activa participación de la Corte en las políticas públicas, con efectos inmediatos en la hacienda pública, contrasta con lo que la misma Corporación ha puntualizado en otros fallos al pronunciarse sobre el significado de la *separación de poderes*, la función del Congreso nacional en lo que concierne al *gasto público* y el radio de acción que le compete al juez. Basta traer al texto, al respecto, la sentencia SU-111 de 1997 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), en la cual la Corporación hizo énfasis en lo que representa el *principio democrático* en estas materias y en el extremo del *Estado judicial totalitario* a que puede conducir una estructura jurídico política que se apoye exclusivamente en las sentencias de los jueces. Dijo la Corte, en lo pertinente:

[47] Véase, al respecto, a Gaspar Caballero Sierra, *Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, págs. 3 a 102.

"Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

"Lo anterior no le resta fuerza jurídica a esta categoría de derechos, dado que el legislador, independientemente de su ideología y de las mayorías políticas, está vinculado por el mandato del Estado social de derecho, así éste último admita desarrollos y modulaciones distintas según los tiempos y las posibilidades materiales de la sociedad. Por el contrario, la politización forzosa del tema de las prestaciones materiales a cargo del Estado, amplía el horizonte del debate democrático. La decisión sobre la financiación del gasto público y su destinación, debe respetar el cauce trazado por el principio democrático. Se trata de aspectos esenciales de la vida social cuya solución no puede confiarse a cuerpos administrativos o judiciales carentes de responsabilidades políticas y que no cuentan con los elementos cognoscitivos necesarios para adoptar posiciones que tienen efecto global y que no pueden asumirse desde una perspectiva distinta.

"Particularmente, en el caso del juez, la realidad del proceso le ofrece una verdad circunscrita a un caso concreto.

Al margen de la ley, la justicia económica y social que innovativamente aplique el juez y que se traduzca en prestaciones materiales a cargo del Estado, no podrá amparar a todos los que se encuentran en la misma situación del actor y, en todo caso, desconocerá siempre su costo final y las posibilidades de sufragarlo. La justicia material singular que afecta el principio de igualdad, dentro de una visión general, y que, por otra parte, soslaya el principio democrático y pretermite los canales de responsabilidad política dentro del Estado, no es exactamente la que auspicia el Estado social de derecho ni la que va a la postre a establecerlo sobre una base segura y permanente. La función de reparto y distribución de bienes, que se traducen en gasto público, en una sociedad democrática, originariamente corresponde al resorte del legislador, de cuyas decisiones básicas naturalmente se nutren las consiguientes competencias administrativas y judiciales.

"La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político. La dimensión del Estado social de derecho, en cada momento histórico, en cierta medida, es una variable de la participación ciudadana y de su deseo positivo de contribuir al fisco y exigir del Estado la prestación de determinados servicios.

"No puede olvidarse que el Estado servicial corresponde a la misma comunidad políticamente organizada que decide atender y gestionar materialmente ciertos órdenes de la vida colectiva, para lo cual sus miembros conscientemente deben asumir las cargas respectivas y la función de control y fiscalización. El Estado social de derecho que para su construcción prescinda del proceso democrático y que se apoye

exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino"[48].

En entornos como el que fluye de los comentados fallos surgen interrogantes inevitables: ¿Cuál es el límite que demarca los cauces del llamado *activismo judicial* que se ha hecho evidente entre nosotros con la labor de la Corte Constitucional? ¿Hasta qué punto resulta admisible la supremacía de un tribunal constitucional habilitado no solo para retirar del ordenamiento las leyes, emanadas del Parlamento que considere contrarias a la Constitución sino, además, para crear *derecho positivo* en aras de preservar el *derecho legislado* según lo que en su criterio impone la Constitución? ¿Se preservan verdaderamente el principio liberal de la *separación en ramas del poder público* y los *pesos y contrapesos* que le dan sentido si, a la postre, a la Corte Constitucional le corresponde el poder de decisión en última instancia sobre todo lo que a su juicio tiene que ver con la guarda de la integridad de la Constitución? ¿Coincide con los paradigmas de la democracia esa subordinación de todos los asociados y de los órganos y funcionarios de elección popular a lo que a bien tenga decidir un cuerpo de magistrados en cuya elección no participa el pueblo, o al menos no de manera directa? ¿Tiene sentido esa supremacía si, en muchas

[48] Sentencia esta que conviene examinar en concordancia con la SU-111 de 1997, aquí comentada, y en contraste con las que han declarado "el estado de cosas inconstitucional" y con varias de las mencionadas en el punto anterior.

ocasiones, las grandes decisiones de los magistrados, sobre temas cruciales para el país, son divididas y se amparan, en últimas, en el imperio de la *mayoría*? ¿Qué decir cuando el fallo lo profiere una Sala de tres magistrados, como ocurre con las revisiones de sentencias de tutela? ¿Es razonable, en el marco de la *democracia*, afirmar y consolidar el poder de la Corte Constitucional a partir del desprestigio del Congreso, no obstante que éste último es el órgano de representación popular típico de los regímenes liberales? ¿Se justifica que todo el país dependa, a la postre, de la buena voluntad y el criterio, ineludiblemente humano, y por tanto perfectible y susceptible de errores, de un reducido número de personas que dictaminan sobre los más variados aspectos de la vida pública, la justicia y el bienestar colectivo a nombre de la Constitución? ¿Es conveniente para el Estado social de derecho que los *derechos fundamentales* susceptibles de tutela sean, a la postre, los que consideren como tales los magistrados de la Corte, según su leal saber y entender y no los que taxativamente dispongan la Constitución Política y los tratados y convenios internacionales? ¿Qué hacer cuando el cumplimiento de los fallos de la Corporación tenga implicaciones de tal magnitud en las finanzas públicas que pongan en peligro la viabilidad financiera del Estado? ¿Es de recibo que mediante una decisión de tutela o una sentencia de inconstitucionalidad la Corte intervenga en la ordenación del gasto público, más allá del tradicional poder de la rama ejecutiva de determinar año a año, para cada vigencia presupuestal y como parte del complejo proceso de la ley de presupuesto, el gasto susceptible de ejecutar según la disponibilidad de recursos con que cuente el ente público?

Alrededor de interrogantes como esos han surgido, en el mundo y en Colombia, cuestionamientos que transitan de la reflexión en torno a posibles reglas que limiten el poder de la Corte Constitucional hasta la propia propuesta de la eliminación del sistema de control judicial de constitucionalidad o la drástica reducción de sus alcances. Propuesta que no comparte el autor de esta obra pero que, bueno es advertirlo, cuenta con el respaldo de autorizados teóricos del derecho que se han pronunciado en contra del poder subordinante de los jueces constitucionales. Para confirmarlo, nada mejor, a manera de ejemplo, que traer al texto el siguiente aparte de la obra de JEREMY WALDRON, profesor neozelandés de la Universidad de Columbia, intitulada *Derecho y desacuerdos,* en la cual, a partir de la obra de JOHN LOCKE, se reivindican la función y la supremacía de la rama legislativa del poder público, en lugar de la hegemonía de un cuerpo de magistrados:

"En teoría esta función [la de resolver sobre los desacuerdos que se presenten en torno a los derechos naturales] podría ser realizada por una junta de nueve hombres vestidos con togas negras y rodeados de letrados. Ellos podrían ser los que deliberaran, juzgaran y votaran sobre estas cuestiones. El argumento de LOCKE aquí es más o menos el mismo que el de HOBBES: cualquiera que sea el poder supremo, es, en efecto, el legislativo. Pero LOCKE lo dice de manera más cuidadosa y democrática que HOBBES. Su posición parece ser que, si tenemos controversias acerca del derecho natural, es importante que las resuelva una asamblea representativa. LOCKE piensa que la institución que, por su carácter representativo, incorpora nuestra influencia mutua, nuestra conexión mutua y nuestro sentimiento uní-

sono sea también la que decida sobre nuestros desacuerdos sobre la justicia, los derechos, el bien común y el derecho natural. La institución que comprende a nuestros representantes y la institución que resuelve nuestras diferencias últimas sobre principios morales debería ser la misma. Al combinar estas funciones, el Parlamento incorpora nuestra virtud deliberativa y nuestro sentido de responsabilidad mutua. Como afirma LOCKE, se trata del alma que proporciona la forma, la vida y la unidad de la república y esta es la razón por la que un ataque a la integridad o posición del Parlamento (desde dentro o desde fuera de sus filas) supone el ataque más nefasto a la esencia y unión de la sociedad"[49].

"[...] Me parece de la máxima importancia tener presente, primero, que las cuestiones sobre derechos son complejas desde todos los puntos de vista (especialmente desde los *nuestros*) y, en segundo lugar, que hay cuestiones sobre las que existen desacuerdos también entre aquellos que comprenden esas complejidades e incluso en las circunstancias más propicias para el pensamiento y la deliberación irrestricta entre los mejores intelectos de nuestra sociedad. Si tenemos presente todo esto, estaremos mejor equipados para ocuparnos de la pregunta institucional: ¿Quién decidirá qué derechos tenemos cuando todos estemos en desacuerdo? Y seremos entonces capaces de enfocar la cuestión de si debemos atribuir las cuestiones controvertidas sobre los derechos a los tribunales o al Parlamento —a una élite de hombres sabios o a los representantes del pueblo que se verá afectado por la decisión— a partir de una estructura mental filosófica-

[49] JEREMY WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Barcelona, Marcial Pons, 2005, págs. 368 y 369.

mente más modesta, jurídicamente menos arrogante y políticamente menos aterrorizadora que la actual mentalidad de la constitucionalización"[50].

Mas no se piense, en todo caso, que solo la Corte Constitucional participa del proceso ininterrumpido de creación de derecho por medio de sus fallos. Es cierto que las consideraciones expuestas permiten reconocer en su gestión un poder autónomo que, en cierta medida, subordina a los demás poderes. Pero también lo es, y así pretende demostrarlo este ensayo, que los restantes jueces y operadores del derecho, en general, crean derecho en la misma medida que interpretan las normas y los hechos y, al hacerlo, contribuyen a un dinamismo ininterrumpido de lo jurídico que permita una apreciación siempre actual de las normas.

El precepto constitucional colombiano según el cual "los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley", no puede entenderse con el estrecho criterio de que están maniatados por la ley, amordazados por las normas y sometidos al rigor de una lógica formal infranqueable que descarte cualquier tipo de creación jurídica. No pueden desconocer ni modificar las leyes porque, de ser así, desconocerían el nuevo paradigma del Estado constitucional y desquiciarían la estructura liberal de la separación y colaboración de poderes. Pero sí tienen que interpretarlas a la luz de la equidad y los principios generales y en función del verdadero significado de los hechos cuyo alcance jurídico tienen que definir.

Sin perjuicio de la *plenitud hermética del derecho*, y justamente en pro de la misma, los jueces tienen que resolver

[50] *Ibidem*, págs. 274 y 275.

siempre las controversias puestas a su conocimiento y superar las contradicciones y vacíos que registre el ordenamiento para hallar las normas aplicables. Cabe afirmar, con RECASÉNS SICHES, que "la obra del juez, o del órgano jurisdiccional administrativo, contiene siempre una función creadora de derecho, en mayor o menor grado según los diversos tipos de casos, incluso cuando esa obra se apoya en una norma general claramente expresada en una ley, que sin duda está vigente, y cuyo sentido se presenta con inequívoca realidad"[51]. Y muy oportuno resulta reflexionar sobre la realidad o la utopía del paradigma que propone el exmagistrado del Tribunal Constitucional italiano GUSTAVO ZAGREBELSKY sobre la "independencia de sí mismos" que ha de imperar en la actividad de los jueces constitucionales ¿Es realmente posible que su investidura de jueces los oriente para hacer caso omiso de sus convicciones y sus creencias cuando ejercen la jurisdicción? ¿Acaso sus fallos no son en definitiva nada diferente a una expresión más, por sublime que sea, de su dimensión humana?[52].

Y como además de los jueces todos los agentes y operadores del derecho concurren en ese ininterrumpido proceso

[51] LUIS RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Edit. Porrúa, 1980, pág. 213.

[52] ZAGREBELSKY aboga, con profunda convicción, por la "independencia del juez respecto de sí mismo". Pero lo cierto es que su racionalidad y su esencia humanitaria no permiten tal extrañamiento respecto de las creencias y posiciones personales cuando se profiera la sentencia; menos aún cuando estamos en el marco de los juicios de inconstitucionalidad o de tutela. Véase el precioso texto del jurista italiano, escrito a partir de su experiencia como juez constitucional, intitulado *Principio y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008, págs. 79 a 88.

de creación, es indispensable que las Facultades de Jurisprudencia se ocupen más por la formación que por la información de los estudiantes de leyes[53].

La crítica de WALDRON sobre el control judicial de constitucionalidad y su discurso en pro de la reivindicación de las funciones y del papel del Parlamento deben ser evaluadas en un contexto más amplio que ese extienda, en general, a la actividad judicial y la aplicación del derecho y no únicamente a las causas constitucionales. Sus conclusiones y su pesimismo sobre el juez constitucional y la Carta de Derechos son extremas y no resultan admisibles para entornos en los cuales la constante violación de los derechos fundamentales y del orden jurídico reclama una protección efectiva e inmediata mediante mecanismos expeditos que hallan su mayor respaldo en un tribunal constitucional que cumpla esa función. Pero sí pueden contribuir, sin duda alguna, como importante elemento de juicio para las evaluaciones que suelen reclamarse en Colombia, como en buena parte de los países que cuentan con un tribunal encargado del control constitucional, sobre las reglas y condiciones para la elección de los magistrados y el cumplimiento de sus funciones. Acaso esa reflexión conduzca a concluir que es un acierto, en nuestro ordenamiento, que sea el Senado de la República, un típico órgano de representación popular, el encargado de elegir a los magistrados de la Corte con fundamento en

[53] En ese sentido, el autor de esta obra coincide con los planteamientos de EDUARDO LAVERDE TOSCANO (q.e.p.d.), cuya ponencia sobre la interpretación del derecho, para las XXI Jornadas Colombianas de Derecho Tributario se unió a la constante preocupación por la formación de los juristas que siempre caracterizó al inolvidable tributarista colombiano.

sendas ternas que le presenten el presidente de la república, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Const. Pol., art. 239). Acaso lo que sí amerita una regulación profunda y detallada es la forma como se integran las ternas que se someten a la consideración del Senado de la República.

En España, de los doce magistrados del Tribunal Constitucional que designa el rey, cuatro son propuestos por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado[54]; en Alemania, los dieciséis magistrados de la Corte Constitucional Federal son elegidos por los dos cuerpos legislativos federales (el Bundestag y el Bundersrat)[55]; en Francia, tres de los nueve miembros del Consejo Constitucional son nombrados por el Congreso de Diputados y tres por el Senado[56]; en Austria, de los veinte miembros del Tribunal Constitucional (seis de ellos suplentes), seis miembros y tres suplentes son designados por el Presidente Federal a propuesta del Consejo Nacional para tres miembros y dos suplentes y del Consejo Federal para tres miembros y un suplente[57]; En Italia, de los quince miembros del Tribunal Constitucional, cinco son elegidos por el Parlamento[58]; en Ecuador, los nueve vocales del Tribunal Constitucional son designados por el Congreso

[54] Cfr. *www.tribunalconstitucional.es*, consulta de 28 de agosto 2008.

[55] Cfr. *www.bundesverfassungsgericht.de*, consulta de 28 de agosto 2008.

[56] Cfr. *www.conseil-constitutionnel.fr*, consulta de 28 de agosto 2008.

[57] Cfr. art. 147 de la Constitución de Austria, en FRANCISCO RUBIO LLORENTE y MARIANO DARANAS PELÁEZ, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997, págs. 97 y 98.

[58] Cfr. art. 135 de la Constitución de Italia, *ibidem*, pág. 362.

Nacional[59]; En Bolivia, los cinco magistrados del Tribunal Constitucional son designados por el Congreso Nacional[60]; y en Perú, para proponer un último ejemplo, los siete miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República[61].

4. La rebelión antiformalista y los nuevos aires del derecho. La defensa de Kelsen a Kelsen

Mas ese insospechado papel de los jueces que se comenta en los puntos anteriores no se ha limitado a rescatar su gestión a la luz del poder político, sino que se ha hecho extensivo a una verdadera rebelión contra el desmedro del derecho sustancial provocado por un lamentable imperio de las ritualidades y formas externas que por mucho tiempo han agobiado a nuestra sociedad, muy a pesar del fundamental deber del juez de administrar justicia y resolver los casos puestos a su conocimiento. El artículo 228 de nuestra Carta Política, en buena hora proclamó que en las actuaciones de la administración de justicia "prevalecerá el derecho sustan-

[59] Cfr. art. 275 de la Constitución de Ecuador. En la postulación de los candidatos intervienen el Presidente de la República, la Corte Suprema, los alcaldes y prefectos provinciales, las centrales de trabajadores y organizaciones indígenas y campesinas y las cámaras de la producción. Véase Corporación de Estudios y Publicaciones, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Quito, 2003, págs. 74 y 75.

[60] Cfr. art. 119 de la Constitución, en Fernando Serrano Torrico, *Constitución Política del Estado*, Cochabamba, Editorial Serrano, 1995, pág 67.

[61] Cfr. art. 201 de la Constitución, en César Landa Arroyo y Ana Velasco Lozada, *Constitución Política del Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica, 1993, págs. 104 y 105.

cial" y sus alcances, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no se han limitado a los jueces sino, en general, a los aplicadores del derecho y a los funcionarios de la administración pública en particular.

Sobre la prevalencia del derecho sustancial es conveniente recordar que la propuesta de la Comisión de Justicia, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, era más detallada y precisa en torno a la función judicial. Se hacía énfasis, en efecto, en el hecho de que las normas procesales no tienen otro objetivo distinto del de obrar como medio para la efectividad del derecho sustancial y, por tal motivo, los jueces no pueden declarar la nulidad de actos procesales que hayan cumplido su finalidad y deben procurar subsanar todo vicio que impida el pronunciamiento de fondo[62].

El pensamiento jurídico de nuestro país pasa por una verdadera cruzada contra el formalismo excesivo y la frialdad de un sistema de normas respecto del cual la concepción tradicional negaba al jurista la posibilidad de indagar e ilustrarse sobre su contenido sociológico, político o económico. El brillante discurso de HANS KELSEN en torno al derecho como "deber ser" que si bien puede relacionarse con el "ser" no debe confundirse con él, acaso por una equívoca interpretación del ilustre pensador austríaco a quien con justicia se le ha calificado como "el KANT del derecho", dio lugar a un culto desmedido por las normas que, como tal, limita al jurista y lo encierra en un mundo fantástico, separado de la realidad. La enfática concepción de la *teoría pura*,

[62] Véanse los antecedentes del artículo 228 actual en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, núm. 64, pág. 15. Véase también, al respecto, a PEDRO AGUSTÍN DÍAZ ARENAS, *La Constitución política colombiana (1991)*. Proceso, estructuras y contexto, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1993, págs. 400 y 401.

según la cual el aspecto teleológico de las normas es extraño a la *ciencia del deber ser*, del *derecho*, en cuyo contexto prevalecen las *formas* que han de reinar en el sistema normativo, ha servido de respaldo a una creciente apatía entre los juristas que les permite ignorar el estrecho vínculo que une a las ideas políticas con las normas.

La profunda, y muy clara, exposición de HANS KELSEN sobre el mundo de las normas, su jerarquía y su dinámica ha sido definitiva para el aspecto formal del derecho y conserva, y conservará por mucho tiempo, un reconocido liderazgo en el pensamiento jurídico, de manera tal que, aun en presencia de nuevos planteamientos propios del devenir ininterrumpido de la historia, cabe decir, con CARLOS COSSIO: "Ir más allá de KELSEN sin dejarle".

Pero su pretensión de limitar la *ciencia del derecho* a ese solo aspecto del *deber ser*, en buena parte como consecuencia de lo que en su nombre han dicho y hecho varios de sus seguidores, tiene cada día más contradictores. Sin los *hechos*, el *derecho* es vacío; sin el ideal de *justicia* y una teleología que les sirva de contexto, las normas carecen de contenido y su comprensión es insuficiente. He ahí las razones para hacer causa común contra el formalismo y la limitada concepción del *derecho* como un *sistema de normas*.

El juez ya no se aprecia como un simple instrumento para que las leyes sean aplicadas en relación con los hechos a la manera del viejo silogismo en el cual su papel es intrascendente, por imponerlo así una concepción extrema e inflexible de la separación de poderes. Normas como la de la ley estatutaria de la justicia que le asigna a la Corte Constitucional la competencia para establecer, en cada caso, los efectos de sus fallos en el tiempo, son viva expresión de esa tendencia.

Cómo no recordar al propio KELSEN para reparar en el verdadero papel de los jueces y en los equívocos en que con frecuencia incurren quienes interpretan su *teoría pura del derecho*. Decía con razón el maestro: "Mediante la interpretación de la autoridad jurídica se crea derecho" [...] "la autoridad jurídica puede modificar el derecho con su interpretación" [...] "la teoría pura del derecho no ha sido la primera en reconocer que las cortes de justicia frecuentemente con el pretexto de interpretar el derecho existente, es decir de dilucidar su sentido mediante el conocimiento, crean derecho. La teoría pura del derecho constata solamente que la llamada interpretación de la autoridad jurídica implica siempre, con la aplicación de una norma superior, una creación del derecho y por tanto, no es función pura de conocimiento." [...] "Ella (la teoría pura del derecho) reconoce como única tarea de la interpretación científica el señalar las posibles significaciones y el contar a las consideraciones políticas, la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas de la autoridad que aplica el derecho. Desde el punto de vista de la ciencia del derecho no puede afirmarse que solo una de estas interpretaciones sea la correcta" [...] "Tal afirmación sirve solo para mantener la ilusión de una seguridad jurídica que en verdad no existe"[63].

La *teoría pura*, de KELSEN distingue entre *ciencia del derecho* y *ciencia jurídica*. La primera, se detiene en el cues-

[63] HANS KELSEN, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Edit. Fontamara, 1997, págs. 26 a 28. En buena medida, esa nota aclaratoria se relaciona con las tesis de KELSEN sobre la interpretación de las leyes y las lagunas en el derecho. Véase, al respecto, a VINCENZO OMAGGIO, *Teorie dell'interpretazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, págs. 135 a 159.

tionamiento del derecho; positivo y la segunda en la realización de valores humanos, en especial el de *justicia*. Y si bien toda su obra se orienta a reclamar para la ciencia del derecho una *despolitización*, no pretende desconocer que el derecho tiene un profundo contenido político. Por eso, a manera de réplica a las tergiversaciones y errores de algunos de sus intérpretes, tuvo a bien advertir: "La despolitización que la teoría pura del derecho exige se refiere a la ciencia del derecho no a su objeto, el derecho. El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor. Pero la ciencia del derecho puede y debe ser separada de la política si es que pretende valer como ciencia". "[...] La teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces"[64].

El *nuevo derecho*, por consiguiente, no puede ser entendido simplemente como una réplica a KELSEN, como con un alto grado de ingenuidad se ha pretendido. Su novedad es solo de nombre, porque se enfrenta al *viejo derecho puro* apegado a la norma, y al formalismo y a las tradicionales reglas de la interpretación del derecho codificado, amparadas en esa premisa de desconocer que tras la investidura del juez está el hombre y tras la sentencia está, quiérase o no, una verdadera creación jurídica. Es *nuevo* como réplica a la idea, por tantos años imperante, de separar la reflexión jurídica en forma excluyente, de forma tal que los filósofos se ocupen de su dimensión *valorativa*, los sociólogos de su aspecto fáctico social y los juristas de las *normas* puestas "ahí", "puras", sin "contenido" y sin ideología. Es una reacción contra

[64] *Ibidem*, págs. 29 y 30.

el formalismo excesivo del positivismo analítico, contra el dualismo del *ser* y el *deber ser*, contra la visión unidimensional del derecho. Pero no lo es en la misma medida que halla sus raíces en antecedentes de vieja data, si bien encaminados a un objetivo actual, orientado por la *eficacia*, conforme al cual el derecho tiene la condición de tal en cuanto sea acatado por sus operadores, por los jueces y, naturalmente, por la sociedad.

No prohíja un *derecho estático*, limitado al conjunto de normas, sino *dinámico*, *evolutivo* y estrechamente vinculado con la realidad social que le sirve de contexto. Por tal motivo, cuestiona las reglas de interpretación que limitan la función del juez hasta el extremo de que tenga en las normas su único e insuperable contexto para relacionarlas con los hechos que debe juzgar al amparo de la vieja y cuestionable diferencia entre la "verdad real", o "histórica", y la "verdad formal"[65].

[65] Acierta CARLA FARALLI al advertir, en torno al *positivismo jurídico*, que "el debate contemporáneo ha puesto en crisis los dos aspectos en que se apoyaba el positivismo jurídico: de una parte, la filosofía del derecho se ha abierto hacia los valores ético-políticos y de otro al mundo de los hechos". En tal sentido, la discípula de GUIDO FASSO alude a un "postpositivismo" del cual participan RONALD DWORKIN, con su crítica a la tesis de HERBERT HART sobre la separación estricta entre el *derecho* y la *moral* y OTA WEINBERGER y NEIL MACCORMICK, por otro, con sus planteamientos sobre los excesos idealistas de un *positivismo* que deja de lado el *mundo del ser* para ocuparse exclusivamente del *deber ser*. Cfr. CARLA FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma, Edit. Laterza, 2003, págs. 4 a 7. Pero es del caso advertir que esa crisis no ha tenido como causa una suerte de retorno al iusnaturalismo sino nuevas concepciones del derecho que reparan en las normas, los valores y los hechos, como lo apunta FARALLI, en un contexto en que cada vez es más evidente la tendencia a las apreciaciones tridimensionales. En ese sen-

Hoy, cobran vigencia los planteamientos del profundo IHERING en torno a la insuficiencia de la forma, de los cuales da cuenta su célebre obra intitulada *El fin en el derecho:*

"[...] La norma y la coacción son elementos de pura forma que no nos enseñan nada del contenido del derecho. Todo lo que nos dicen es que la sociedad exige ciertas cosas de sus miembros. Pero ¿por qué causa?, ¿con qué fin? No lo advertimos. Permanecemos en presencia de la forma exterior e inmutable del derecho. Solo el contenido del derecho nos enseña su verdadera utilidad social"[66].

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la posibilidad de que el control de constitucionalidad tenga como criterio de referencia el *preámbulo* de la Carta Fundamental, se expresó en los siguientes términos para descartar, en el ámbito del derecho constitucional, el normativismo extremo a la luz del cual la consulta de esa valiosísima manifestación del constituyente no sería posible:

"Esta Corte [...] estima indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual *el derecho no se agota en las normas* y, por ende, el constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política.

"El preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que

---

tido, puede decirse que la crisis del positivismo coincide con la del iusnaturalismo clásico. Respecto de uno y otro sentir del derecho ha tenido lugar una *sublimación dialéctica*, al decir de HEGEL, que conserva sus planteamientos esenciales pero, al mismo tiempo, los supera.

[66] RUDOLPH VON IHERING, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Edit. Altaya, 1946, pág. 210.

inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trascienden la pura literalidad de sus artículos.

"[...] Si la razón primera y trascendente del control constitucional no es otra que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución, ese control deviene en utópico cuando se limita a la tarea de comparar entre sí normas aisladas, sin hilo conductor que las armonice y confiera sentido integral, razonable y sólido al conjunto" (sent. C-479, 6 agosto 1992; M. P.: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero).

Pero no es factible encuadrar el "nuevo derecho" en una sola escuela o corriente del pensamiento jurídico. La mayoría de los iusfilósofos de la actualidad coinciden en cuestionar el normativismo puro y el formalismo y prohíjan planteamientos contenidistas o sociológicos, pero desde diversos puntos de vista. Así, en algunas expresiones del *realismo*, tema al cual se dedica buena parte de este texto, la réplica en comentario llega al extremo de pretender que el juez tiene un verdadero poder político de creación del derecho, aun a pesar de que haya normas aplicables al caso en discusión, hasta llegar a afirmar que en el proceso mental de la sentencia los jueces primero resuelven el caso y posteriormente acuden a las normas que pueden servir de respaldo a sus consideraciones. En la concepción liberal de RONALD DWORKIN, la eficacia del derecho se acoge pero en medio de un categórico rechazo a los extremos *formalistas*, *realistas* y *positivistas* que, en su orden, niegan al juez el poder de crear el derecho aun en los *casos difíciles*, lo habi-

litan para crearlo aun a pesar de las *normas vigentes* o le invisten de pleno poder político cuando no haya norma aplicable al caso. En lugar de esos extremos, DWORKIN propone sus ideas sobre la "respuesta correcta", de acuerdo con las cuales los jueces siempre deben fallar con base en las normas y en ciertos principios y directrices que, en lo fundamental, giran alrededor de la *equidad* y de *igualdad*[67].

En definitiva, cabe observar que el *realismo* es solo una de las diversas posiciones que identifican a quienes cuestionan el *viejo derecho* al amparo de la *eficacia*. Debe comprendérsele como una respuesta al *positivismo* y al *iusnaturalismo*, pero no a manera de síntesis o sublimación del pensamiento jurídico, salvedad hecha de las pretensiones que en ese sentido caracterizan a los realistas escandinavos a la luz de las valiosas obras de ROSS, HAGESTROM y OLIVECRONA. La apreciación realista, como en este trabajo se explica, es también limitada porque, en especial en el *realismo norteamericano*, toma partido por los hechos en relación con las normas y es, en ese aspecto, tan *unidimensional* como el *positivismo analítico*. También a la luz del *realismo escandinavo el derecho* tiene un alcance limitado, que no comprende todos los aspectos que le son propios, aun a pesar de que, al decir de ALF ROSS, pretenda superar el *dualismo* entre *ser* y *deber ser* que se aprecia en el realismo norteamericano.

Cualquier valoración del derecho que opte por alguna de sus dimensiones, con exclusión de las otras, deviene incompleta y limitada. Es imperativo para los juristas comprender que la *legitimidad*, resultante de su sujeción a ciertos

[67] Véase a RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Edic. Ariel, 1995.

principios, la *validez*, condicionada al cumplimiento de las formas previstas en el sistema de normas para su creación y la *eficacia*, dependiente de su real acatamiento y vigencia en una sociedad dada, son, como un todo integral, las bases para la *valoración del derecho*. Tal apreciación tridimensional se presenta como posible y necesaria en el capítulo VII de este ensayo, después de formular algunos comentarios sobre el iusnaturalismo, la exégesis, el positivismo y, por supuesto, el realismo.

Naturalmente, entre esas tres dimensiones del derecho puede haber criterios prevalecientes, objetiva o subjetivamente, pero ello no es óbice para reconocer que las apreciaciones unidimensionales y excluyentes distan en mucho de lo que en realidad conforma a lo jurídico. ¿El derecho se descubre por medio de normas que han de consultar ciertos principios *a priori* de los cuales depende su validez? ¿Se confunde simplemente con lo dado, con lo puesto por quienes tienen el poder para hacerlo, de forma tal que no es más que "derecho positivo"? ¿No es otra cosa que la expresión visible de lo que ya forma parte del espíritu del pueblo pero se pone de manifiesto cuando se promulgan las normas? A tales interrogantes cabe responder que los principios, las normas y la realidad subyacente, desde el punto de vista del origen y la aplicación, concurren, de modo integral, para dar pleno sentido a lo jurídico.

La formación de los juristas, por consiguiente, debe trascender el limitado mundo de las normas y abordar el profundo contenido del derecho.

La preocupación de KELSEN por dignificar el derecho al amparo de una concepción "pura", libre de contenido, a la manera del matemático o el geómetra, ha tenido una in-

terpretación y alcance extremo cuya revisión es impostergable porque la interpretación de los hechos y de las normas, por parte de los juristas, así lo impone. El realismo de las normas no es suficiente y el viejo paradigma de KELSEN sobre la "pureza del método" debe apreciarse sin desmedro de las dimensiones no normativas del derecho.

Es cierto que las universidades no pueden patrocinar la orientación de algunos "legistas" a opinar sobre lo divino y lo humano, sin ningún rigor; pero no por ello pueden hacer caso omiso del complejo contexto fáctico y prenormativo que le da sentido al derecho positivo. El discurso del célebre gestor de la "teoría pura" pone en evidencia el extremo a que condujo su fundada preocupación por descalificar a los "charlatanes" que en nombre del derecho asumen un deleznable papel de "dueños del saber" que en realidad oculta una formación pobre y superficial:

"La teoría pura del derecho aspira a librar la ciencia jurídica de elementos extraños. Tal es lo que constituye su principio metódico fundamental. A primera vista, esto parece una verdad evidente. Pero una ojeada a la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desenvuelto durante el siglo XIX y lo que llevamos del XX, muestra cuán alejada hállase aquella de haber respondido a la exigencia de pureza metódica. Con ausencia del más elemental sentido crítico, ha mezclado la ciencia del derecho con la psicología y la biología; con la ética y la teología. *El jurista se ha declarado competente para entender de todo; no hay, de seguro, ninguna ciencia social en cuyo recinto no haya penetrado; los juristas han creído acrecer su prestigio tomando prestados sus conocimientos de las otras disciplinas. La consecuen-*

cia lógica ha sido la desvirtualización de la ciencia del derecho"[68].

La indignación de KELSEN es justificada y halla su razón de ser en una lamentable tendencia que, antes y después de su obra, suele presentarse en las universidades y en el foro. Pero la solución no puede consistir en que las facultades de jurisprudencia prescindan de las materias de formación de los estudiantes so pretexto de hacer de sus egresados unos geómetras de las normas, separados de la realidad y ajenos a cualquier apreciación de valores tan caros al derecho, como son la justicia o la libertad. Repárese en que, como aquí se anotó, el mismo KELSEN tuvo a bien advertir que su discurso no se orientaba a la *teoría de un derecho puro* sino a una *teoría pura del derecho*. De ahí que aun desde una perspectiva estrictamente kelseniana sea un equívoco manifiesto confundir el método con la formación de quienes han de aplicarlo. La *pureza del método* supone que el jurista, al aplicar el derecho, no apele a su contenido; pero no pretende que lo ignore. El jurista debe ocuparse del *deber ser*; pero no por ello puede ser formado a partir de la ignorancia y la indolencia sobre el *ser*; el jurista, al aplicar el derecho, no debe hacer *política*; pero ello no lo habilita para que denigre del *derecho* como una expresión de la *política* ni para que se aliene en el mundo de las normas y renuncie al saber universal que le incumbe como hombre[69]. Así lo

[68] HANS KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, pág. 9.

[69] Sobre el *principio de la pureza del método* y la distinción entre *derecho* y *naturaleza* como expresiones pilares de la *teoría pura* de HANS KELSEN, véase a EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, México, Edit. Porrúa, 1978, págs. 29 a 48.

demostró el propio KELSEN, a quien se le reconoce como un serio y singular estudioso de la sociología, las ideas políticas, la teoría del Estado y la democracia[70]. KELSEN, sin la menor duda, fue un hombre de contenido, un humanista con profunda sensibilidad filosófica e histórica que jamás abogó por el extrañamiento del jurista, como ser humano, al paraíso de las normas jurídicas. Discípulos suyos de habla hispana de la talla de LUIS RECASÉNS SICHES, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA o ANTONIO SÁNCHEZ BUSTAMANTE, para mencionar solo algunos de los más ilustres, así lo han puesto de presente. Y obras como la *Teoría general del Estado, Esencia y valor de la democracia, Teoría comunista del derecho, Sociedad y naturaleza, La justicia platónica. La idea del derecho natural* o *Qué es la justicia,* del insigne gestor de la Escuela de Viena, así lo ponen de manifiesto. A lo cual es de agregar que, al decir de sus biógrafos, nunca se dejó envanecer por el dogmatismo: siempre abierto al diálogo y a la confrontación, KELSEN no solo permitió sino que auspició la apreciación crítica de su *teoría pura* y de su pensamiento en general, en Europa y en América, como lo ponen de presente muchos de los pasajes de su luminosa vida[71].

[70] A manera de ejemplo, véase a HANS KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Granada, Comares, 2002. O el bellísimo y muy pertinente texto intitulado *La paz por medio del derecho*, trad. Luis Echávarri, Madrid, Edit. Trotta, 2003, que nos recuerda el *Tratado sobre la paz perpetua*, de IMMANUEL KANT.

[71] Cabe citar aquí la interesante biografía de KELSEN escrita por el profesor BENIGNO MANTILLA PINEDA e intitulada *Hans Helsen. El jurista del siglo xx,* Medellín, Señal Editora, 2003, en la cual se une la exposición sobre la vida del maestro con la síntesis de los aspectos fundamen-

Aún más, el hecho de que los estudiantes aborden con entusiasmo materias como la historia de las ideas políticas, la economía, la sociología o la filosofía, no significa que no puedan asumir con rigor su papel de juristas ni descarta el respeto que deben tener por las ciencias sociales de las cuales se ocupan otros profesionales y especialistas. Los juristas no son, a la vez, politólogos, economistas, sociólogos, psicólogos y filósofos. Solo son juristas, pero para obrar como tales requieren una formación contenidista que les permita interpretar a cabalidad las normas y los hechos y ejercer su profesión con una conciencia clara sobre el significado y los alcances de la justicia, la equidad y la libertad.

Y esa misma formación contenidista les permitirá asumir posiciones como resultado de la reflexión y el análisis y no de la ingenuidad y el acaso. Entre los juristas hay muchos que participan, sin saberlo, de las concepciones iusnaturalista, positivista, realista o trialista. De lo que se trata es de permitirles que estén en capacidad de prohijar una u otra con plena conciencia de ello.

Si bien este ensayo acoge y expone una apreciación tridimensional del derecho, su propósito fundamental, según se anuncia en el título, es llamar la atención de los lectores sobre la formación de los juristas y cuestionar, por utópicos, los viejos paradigmas del silogismo de la sentencia y la interpretación mecánica y literal de las normas.

---

tales de su pensamiento y su proyección en Europa y en América. Y sobre la recepción de KELSEN en Colombia, en el marco de una diferencia notoria entre los círculos académicos y los populares o prácticos, es de citar el capítulo V de la obra del jurista nacional DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA intitulada *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004, págs. 341 a 398.

Capítulo II

IUSNATURALISMO, IUSPOSITIVISMO Y EXÉGESIS

Estas reflexiones en torno al realismo y al trialismo jurídicos requieren un contexto claro de referencia que permita comprender, a cabalidad, los fines que se han propuesto los autores que participan de tales corrientes y, a un mismo tiempo, que prepare el camino para las conclusiones propuestas en el capítulo VII. Nada mejor, para ello, que acudir a los tres criterios que han predominado para la *valoración del derecho* los cuales, según se advierte en el capítulo anterior, han dado lugar a numerosas apreciaciones de tipo unidimensional o bidimensional, y no integral ni conjunta, que, como tales, arrojan una visión incompleta del *derecho*: la *justicia*, como *ser del derecho de manera que el derecho solo tiene su condición de tal como expresión de lo justo*. La *validez formal*, en función de la cual lo válido es lo ordenado y no depende de una consideración prenormativa sobre la *justicia*. Y la *eficacia*, cuyos alcances no giran alrededor de las condiciones en que las leyes son *justas* o *válidas* sino de su eficacia práctica; esto es, de su aplicación y acatamiento por parte de los destinatarios de sus preceptos.

1. Del iusnaturalismo a la exégesis y de la exégesis al iuspositivismo

El primero de esos criterios de valoración es propio del *iusnaturalismo*, tiene su expresión iusfilosófica en la *deon-*

tología jurídica y sugiere una "validez material" o "legitimidad": *la justicia del derecho*[1]. En su sentir, la *realidad del derecho* se determina por la *justicia* y su validez depende de que efectivamente sea expresión de la *ley natural*. Empero, como lo anota NORBERTO BOBBIO, hacen depender la validez del derecho de un contexto de justicia subyacente que solo sería viable si lo *natural* y lo *justo* tuvieran un único, inmodificable e indiscutible significado, de forma tal que la valoración de la ley positiva fuera factible. Y que ello no es posible, lo demuestra la propia historia del pensamiento filosófico y jurídico: para KANT y los iusnaturalistas modernos lo *natural* es *la libertad*, en tanto que para ARISTÓTELES *la esclavitud* también lo era; para LOCKE, lo natural es la *propiedad privada*, pero para CAMPANELLA y para MARX lo es la *comunidad de bienes*[2].

Debe advertirse, sin embargo, que el iusnaturalismo a que se refiere BOBBIO es el llamado *iusnaturalismo clásico*

[1] Sobre la "validez material o legitimidad", resultante de "la justicia del derecho", véase a MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Madrid, Edit. Civitas, 1994, págs. 34 y 35.

[2] Véase a NORBERTO BOBBIO, *Teoría general del derecho*, trad. Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, págs. 27 a 30. Es importante destacar, en el mismo sentido, el reparo del prestigioso iusfilósofo alemán ARTHUR KAUFMANN a la concepción del *contrato*, de JOHN RAWLS, porque, según lo advierte, esas reglas de convivencia que convienen los hombres rawlsonianos del "velo de ignorancia" serían distintas si la abstracción constructivista de la realidad se hiciera desde una perspectiva comunista y no liberal; véase, a KAUFMANN, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, trad. Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 45.

de la patrística y SAN AGUSTÍN, y especialmente de SANTO TOMAS y FRANCISCO SUÁREZ. Por ello se hace necesario precisar que esa fundamentación apriorística de la ley positiva se aprecia también en el llamado *iusnaturalismo racionalista* y su célebre y apasionante referencia al *contrato originario,* al cual alude con elocuencia JESÚS MARTÍNEZ GARCÍA en los siguientes términos, con el título de "la razón fabuladora del derecho":

"El jurista que acude al contrato social para obtener una respuesta a las cuestiones de fundamentación del derecho no tiene más remedio que decidirse a dejar atrás sus silogismos y sus procedimientos discursivos habituales para convertirse en un *lector fábula* [...]. El jurista orgulloso de su pragmatismo, instalado confortablemente en un derecho que funciona, no siempre es consciente de que un sutil hilo conductor le une al territorio improbable de la fabulación, quizás el único que le puede proporcionar las claves últimas de su quehacer. La búsqueda de un lugar para la razón en el derecho se ha intentado insistentemente dentro del artificio de un *pactum societatis;* no en la solidez de un *ordo rerum* metafísico, sino en un supuesto inverosímil, en una quimera que solo es accesible a través de un viaje imaginario"[3].

Sobre esas dos modalidades del *iusnaturalismo* comenta con claridad el realista Ross: "Algunas veces el derecho na-

[3] JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Madrid, Edit. Debate, 1992, pág. 169. Observación que, sin embargo, no puede ser extensiva al *contrato* de ROUSSEAU, cuyo contexto no es la imaginación sino la realidad porque no es *pactum originario* sino una solución, una alternativa para los hombres encadenados en el egoísmo de la sociedad civil que acuerdan convertirse en ciudadanos en el seno de una sociedad política democrática.

tural se ha basado en concepciones teológicas; en otras ha sido concebido racionalmente. La naturaleza de la que se han derivado los principios universales ha sido la naturaleza del cosmos, o de Dios, o de la sociedad y la historia, pero más frecuentemente lo ha sido la naturaleza del hombre como ser racional. Podemos distinguir así entre un derecho natural teológico, sociológico, histórico, y racional antropocéntrico"[4].

El iusnaturalismo, como se sabe, tuvo un período de repliegue durante la segunda mitad del siglo XIX, en buena parte como consecuencia de la ilusión en que se traduce el hecho de hacer depender la validez de las normas positivas de su correspondencia con el derecho natural subyacente. Ello, sin embargo, no fue óbice para que reapareciera, ya en el siglo XX, con nuevos planteamientos acordes con la función social del Estado y la interacción entre las funciones pública y privada, capaces de superar, en lo que atañe al iusnaturalismo racionalista, los extremos individualistas del liberalismo optimista. Se trata de una concepción actualizada y acorde con los cambios en las ideas políticas, generados como consecuencia de los movimientos de masas y levantamientos populares de la segunda parte del siglo XIX y los comienzos del siglo XX que, sin embargo, no ha tenido plena acogida porque, según lo observan los neotomistas y los defensores del *derecho natural católico*, desatiende la proyección eminentemente normativa y ordenadora del *derecho* para acoger el relativismo y la ideología[5]. Entre sus más destacados representantes, cabe mencionar a los siguientes: el

[4] ALF ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, México, Fontamara, 1997, pág. 13.

[5] Véase, por ejemplo, a RODRIGO NOGUERA LABORDE, *Introducción general al derecho*, Santa Fe de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994, págs. 147 a 152.

neokantiano RUDOLPH STAMMLER y sus ideas sobre el *iusnaturalismo variable*, al amparo de los conceptos de *materia* y *forma* de la *Crítica de la razón pura*, del filósofo de KÖNINGSBERG[6]; el eminente humanista y iusfilósofo italiano GIORGIO DEL VECCHIO, preocupado con sumo interés por la justicia como idea del derecho, con el respaldo de una profunda formación filosófica[7]; y, desde luego, HEINRICH

[6] STAMMLER (1832-1938) fue uno de los más destacados representantes de la Escuela de Marburgo y orientó en buena parte sus escritos a cuestionar los paradigmas del pragmatismo positivista y del materialismo histórico marxista, siempre a partir de una investigación sobre los primeros principios que pone de manifiesto su formación kantiana. Un buen ejemplo de sus planteamientos es la obra intitulada *Génesis del derecho*, en la cual se reúnen las conferencias que el maestro alemán pronunció en la Universidad de Granada, en 1922. En una de ellas, al tratar lo atinente a las relaciones entre la economía y el derecho, dijo: "La relación entre el derecho y la economía puede, pues, caracterizarse como la que media entre la forma condicionante y la materia condicionada. Es una relación de *subordinación lógica*... No es exacto ver en la economía la base sobre la cual descansa la superestructura del orden jurídico, como el edificio sobre sus cimientos. Una economía social —ya lo hemos dicho— no es un fenómeno de la Naturaleza, sino la realización de un orden jurídico determinado": Cfr. RUDOLPH STAMMLER, *La génesis del derecho*, trad. Wenceslao Roces, Madrid, Espasa-Calpe, 1936, pág 123. La concepción del *derecho* de STAMMLER puede considerarse bidimensional, a partir de sus planteamientos sobre la relación entre los medios y los fines, como bien lo anota MANUEL JOSÉ LUDOVICO CANDELERO, "El pensamiento actual", en *www.eft.com.ar*, consulta de 18 de julio 2008.

[7] Sobre el pensamiento de DEL VECCHIO, el lector puede acudir al capítulo de este libro relacionado con el neokantismo. El iusfilósofo italiano, como bien lo precisa MANUEL JOSÉ LUDOVICO CANDELERO,

ROMMEN[8] y sus planteamientos sobre "el eterno retorno al derecho natural", en los cuales pone de presente su resurgimiento como respuesta al positivismo.

Pero cabe insistir, en todo caso, en que no es lo mismo el *iusnaturalismo racionalista*, sustentado en las doctrinas de estirpe lockiana, que el *iusnaturalismo aristotélico tomista*: El primero tiene un contenido racionalista e individualista y se explica por el interés, eminentemente liberal, de protección de los derechos naturales en el seno de la sociedad política. El segundo, en cambio, gira alrededor de un derecho universal, regido por el orden divino, que sirve de sustento al derecho positivo y condiciona su validez, de forma tal que, como fuerza motriz, no tiene en mente los derechos fundamentales de los asociados tanto como la razón ordenadora de Dios. En España sobresale el profesor JAVIER HERVADA, en cuyas *Lecciones de filosofía del derecho* el autor declara: "[...] estoy convencido de la necesidad de volver al pensamiento jurídico clásico, a ARISTÓTELES, a los juristas romanos y a SANTO TOMÁS"[9].

---

defiende una concepción tridimensional del derecho, en contraste con la bidimensional del también neokantiano RUDOLPH STAMMLER. Cfr. "El pensamiento jurídico actual", en *www.eft.com.ar*, consulta de 18 de julio 2008.

[8] ROMMEN (1897-1967), como KELSEN, fue emigrante de Alemania a Estados Unidos a raíz de su persecución por los nazis. Un gran conocedor de la teoría política, se destacó como profesor en varias universidades norteamericanas pero especialmente en Georgetown. Entre sus obras más reconocidas sobresalen *The state in catholic thought* y *The natural law*.

[9] JAVIER HERVADA, *Lecciones de filosofía del derecho*, Pamplona, Edit. Universidad de Navarra, 1990, pág. 9. También es de destacar, al respecto, la obra de HERVADA intitulada *Historia de la ciencia del dere-*

El segundo de los criterios de valoración en comentario, el de la *validez formal del derecho*, es propio del *positivismo*, tiene su expresión iusfilosófica en la *ontología jurídica* y sugiere una "validez en sentido estricto": "La existencia del derecho"[10]. Curiosamente, sus antecedentes se encuentran en el *iusnaturalismo racionalista* y el tránsito de la *ley natural a los derechos naturales* y al *contrato* legitimante del poder. El origen del positivismo, en efecto, se encuentra en una paulatina evolución de la ley intrínsecamente racional a la ley proveniente de la voluntad de la autoridad habilitada para proferirla según el ordenamiento. Ha llegado a decirse, en particular por CATTANEO, que en la ilustración del siglo XVIII hay una especie de conciliación del *positivismo* y el *iusnaturalismo* en medio de una creciente confianza en la ley y desconfianza correlativa en la autonomía del juez[11].

El voluntarismo que orientó a los iluministas franceses del siglo XVIII fue, a la postre, el punto de partida del voluntarismo que informa a la concepción jurídica positiva. La infa-

---

cho natural, Pamplona, Eunsa, 1996, en la cual se expone la evolución del derecho natural desde la antigüedad hasta el siglo XIX, con un epílogo sobre su evolución en el siglo XX. Entre los representantes de la última fase de la historia del derecho natural, además de los que aquí se mencionan, HERVADA cita a GUSTAV RADBRUCH, FRANÇOIS GENY, MAX SCHELLER, VICTOR CATHREIM, ALBERT VALENSIN, JACQUES LECLERQ, JOHANES MESSNER y MICHEL VILLEY. Véase a HERVADA, *Historia*, *op. cit.*, págs. 324 a 329.

[10] Expresión utilizada por MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, ed. cit., págs. 35 a 43. Véase además a NORBERTO BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ed. cit., págs. 27 a 30.

[11] Véase al respecto a LUIS PRIETO SANCHÍS, *Ideología de la interpretación jurídica*, Madrid, Edit. Tecnos, págs. 25 a 28.

libilidad de la voluntad general al expresarse mediante la ley y consultar, de modo indiscutible, la ley natural, culminó en una verdadera profesión de fe positivista que dejó atrás la añoranza de los derechos naturales. Declaradas la libertad y la igualdad, y establecido que la ley es el medio por el cual se expresa la voluntad general, la luz del derecho natural dejó de iluminar el pensamiento político y jurídico. En un comienzo, en el propio nombre del iusnaturalismo; posteriormente, en contra de él. De la ley como expresión inequívoca del derecho natural, por el solo hecho de ser fruto de la voluntad general, se transitó al derecho positivo, o puesto, como única expresión de lo que es el derecho, no sujeta, en absoluto, a su coincidencia con un derecho natural desconocido y misterioso.

Planteamientos como los de VOLTAIRE y MONTESQUIEU ponen de manifiesto que el punto de llegada del *iusnaturalismo racionalista*, la ley, es el punto de partida del *iuspositivismo formalista*. Su transcripción disipa cualquier duda: Para el primero de ellos:

"La libertad consiste en depender tan solo de las leyes.

"Que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no los árbitros.

"Interpretar una ley es corromperla".

Y de acuerdo con MONTESQUIEU:

"Los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes"[12].

Ese tipo de manifestaciones fue propicio para la consolidación de la *Escuela de la exégesis*, partidaria del análisis de la ley en función de su génesis y de la voluntad del legislador y se caracterizó por un marcado rechazo a la interpreta-

[12] Citas de PRIETO SANCHÍS, *ibidem*, págs. 18 y 27.

ción de la ley, acorde con el principio de *separación de poderes*. A quien corresponde hacer la ley es al Parlamento; los jueces deben limitarse a aplicarla, para evitar el despotismo y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales[13]. La exégesis tuvo su esplendor en el siglo XIX pero halló sus raíces en los pensadores de la ilustración y en la preocupación que se generalizó en la sociedad a raíz de los excesos de los jueces penales en el siglo XVIII[14]. Los planteamientos del jurista MONTESQUIEU no dejan dudas sobre esa preocupación por el eventual despotismo judicial:

"Cuanto más se acerca la forma de gobierno a la república, más fija debe ser la manera de juzgar [...]. En los Estados despóticos no hay leyes: el juez es guía de sí mismo. En los Estados monárquicos hay una ley; si es terminante, el juez la sigue; si no lo es, busca su espíritu. *En los Estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley*"[15].

[13] Concluye con acierto PRIETO SANCHÍS que la razón hubo de esperar a que en el siglo XIX los juristas acogieran la idea de los métodos de interpretación del derecho. Cuando ello ocurrió, la razón, desconocida en lo que atañe a la creación del derecho, encontró un radio de acción más dinámico y no menos importante: el de la aplicación del derecho. Véase, *ibidem*, págs. 29 a 31.

[14] PERELMAN distingue tres fases en la evolución de la Escuela de la Exégesis: "una fase de instauración, que comienza con la promulgación del Código Civil en 1804 y acaba entre 1830 y 1840; una fase de apogeo, que se extiende hasta alrededor de 1880; y finalmente, una fase de ocaso que se cierra en 1899 cuando la obra de GÉNY le ha dado la puntada". Cfr. CHAÏM PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica, Ideología*, trad. Luis Diez Picasso, Madrid, Civitas, 1979, pág. 37.

[15] CARLOS LUIS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BRÈDE y de MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. Nicolás Estévanez, París, Edit. Garnier, 1917, pág. 219.

La *exégesis* tuvo amplia y reconocida acogida en América Latina y puede decirse que encuentra en nuestro país su expresión visible en disposiciones como las contenidas en los artículos 25 a 32 del Código Civil, todas las cuales giran alrededor de la identificación del derecho con la ley: la interpretación literal como regla general y la consulta de la voluntad del legislador en el curso de la historia fidedigna del establecimiento de la norma; las precisiones sobre los alcances que han de darse a las palabras contenidas en las normas; la llamada interpretación lógica, etc.

La *exégesis*, sin embargo, no puede ser descalificada, sin más, en procura de un excesivo poder judicial que altere la seguridad jurídica y cree el derecho a su leal saber y entender. Lo que cabe cuestionarle es que por su marcada dependencia de la literalidad de la ley y la llamada "voluntad del legislador" limite a tal extremo la acción de los jueces que les impida ejercer, con el rigor que se requiere, su enaltecedora función de hacer imperar la justicia.

Decir que los jueces no tienen la facultad de interpretar la ley y que deben limitarse a atender su tenor literal y correlacionarlo con los hechos como quien arma las piezas de un juego, sin crear ni agregar nada, es engañar a la razón y pregonar fantasías e ilusiones. Los jueces, ante todo, son hombres, seres racionales con limitaciones y criterios que indefectiblemente, quiérase o no, les impiden obrar como almacenistas de hechos encargados de procesarlos mecánicamente a la luz de las normas. Al administrar justicia no solo interpretan las normas sino los hechos y no es verdad, como con tanto entusiasmo lo han sostenido los exégetas por largo tiempo, que orienten sus fallos por un infranqueable método *deductivo*, a partir de la ley. Lo cierto es que entre lo

que el sistema de la *exégesis* pretende, lo que el juez anuncia en las sentencias y lo que realmente hace, hay enormes distancias que la fantasía de la literalidad no advierte, pero cuya desatención afecta sensiblemente al imperio de la justicia[16]. He ahí un legado fundamental del realismo jurídico, en especial en su versión norteamericana: su particular preocupación por la incidencia de la personalidad y la formación de los jueces en los fallos, acaso orientada por la función significativa que representan en la sociedad y su agobiante compromiso de decidir, caso por caso, "lo que es de derecho", "lo que en justicia corresponde".

Más grave aun es el limitado criterio con el cual la *exégesis* pretende habilitar a los jueces para la consulta del *espíritu de la ley*. Cuando el sentido de una norma no es claro, y solo en ese caso, las reglas de interpretación exegética de la ley permiten que el fallador ausculte la "voluntad del legislador" en la historia fidedigna de su establecimiento. Al hacerlo, parten del supuesto de que la voluntad del legislador tiene como primera y más viva expresión el precepto en el cual se concretan sus determinaciones. Y así es, pero solo en forma relativa, porque si bien es claro que la comentada voluntad se concreta en la norma proferida por el legislador, no es menos cierto que la disposición no lo expresa todo y que la supuesta claridad del tenor literal puede ser una ilusión del intérprete. Con frecuencia ocurre que, al apreciar

[16] Sobre este tema, el lector puede consultar la luminosa obra de VITTORIO FROSINI intitulada *La letra y el espíritu de la ley*, trad. Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, Barcelona, Ariel, 1995. El intérprete en general, y el juez en particular, a juicio de FROSINI, no deben limitarse a la letra de la ley porque su conciencia en esta materia debe ser *nomológica*, acorde con lo que el legislador pretende.

los hechos y examinarlos a la luz de las normas, el juez tiene que ilustrar su criterio con el estudio de los antecedentes del ordenamiento, porque la supuesta claridad del precepto deviene en duda con motivo de su aplicación.

Es indudable que si el sentido de la ley es claro no se requiere prescindir del texto para consultar su espíritu. Pero tan simple y diáfano criterio comporta un alto grado de apreciación subjetiva que, ya en presencia de los hechos, pone de manifiesto que la pretendida regla general de la interpretación literal tiende a ser excepcional o, por lo menos, no es tan usual como lo sugieren las normas de hermenéutica tradicionales.

Empero, los extremos de la exégesis no se superan por el simple hecho de que se reconozca la importancia de consultar la historia de la norma para ilustrar su contenido y sus alcances, porque esa misma sujeción a la voluntad del legislador puede ser inútil si no se evalúa en su verdadero sentido. Como bien lo apunta FRANCISCO BLASCO FERNÁNDEZ[17], la referencia a la "voluntad del legislador" no solo puede limitar la gestión del juez y comprometerlo a separarse del contexto sobre el cual ha de pronunciarse para acudir al pasado, a la fecha en que se creó la norma, sino que también comporta innumerables inquietudes que brillan por su ausencia en el discurso de los "glosadores" de los dos últimos siglos: ¿Cuál es la voluntad del legislador? ¿La del Parlamento entendido como el conjunto de sus integrantes? ¿La de quienes aprobaron por mayoría la ley de la cual hace parte la norma interpretada? ¿La de quienes votaron a favor de esa

[17] Véase al respecto su interesante trabajo sobre la "Escuela de la exégesis", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XI, Buenos Aires, Edit. Driskill, 1979, págs. 483 a 495.

norma únicamente? ¿La de los asesores que orientaron a quien presentó el proyecto de ley? ¿La del gobierno al avalar la medida o promoverla? ¿La de los gremios y grupos de presión que intervinieron en su diseño o discusión?

Para quienes prohíjan la "teoría del pacto" es posible hallar la voluntad del legislador, al menos en algunos de sus aspectos. En su opinión, tras la aprobación de las leyes opera una implícita o expresa delegación en dos o más vías: de los integrantes del Parlamento a los redactores y ponentes del proyecto y de estos últimos a los asesores y técnicos que intervienen en el proceso. De esta manera, en virtud de la delegación, la voluntad del legislador, una vez aprobado el proyecto, es la expresada en las exposiciones de motivos y ponencias y en los documentos que se agregan a los antecedentes de la ley[18].

Y tan convincentes argumentos no admitirían una objeción seria, si no fuera porque asignan un alcance excesivo al artificio de la delegación. Es indiscutible, para mencionar el caso de Colombia, que la *Gaceta del Congreso*, en la cual se publican el texto inicial de los proyectos de ley y las modificaciones a que se someten hasta la culminación del trámite, así como las exposiciones de motivos, ponencias y discusiones, constituye un instrumento de gran valor para establecer la voluntad del legislador. Pero también lo es que la "voluntad" originaria de la ley no se encuentra a plenitud en esa publicación ni en los documentos que la complementen. Muchas personas y muchos intereses, sobre los cuales no queda memoria alguna, pueden ser la verdadera "vo-

[18] Véase, por ejemplo, a ENRIQUE P. HABA, "Voluntad del legislador como opción interpretativa ¿posibilidad real o ficción?", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice VI, págs. 710 a 725.

luntad" que subyace tras el ordenamiento. Y, lo que es aún más evidente, la propia indagación sobre lo que los parlamentarios han querido expresar u ordenar no es una labor expedita ni absolutamente viable porque, para que así fuera, sería menester una verdadera reconstrucción intelectual que desborde la simple memoria documental para adentrarse en el análisis psíquico. Hasta tal punto es cierto lo que aquí se dice, que los propios defensores de la posibilidad de hallar la voluntad del legislador han tenido que reconocer que semejante logro es precario y parcial[19].

No se trata de descalificar el importante expediente de acudir a la historia del establecimiento de las leyes y consultar, en lo posible, la intención que informó al legislador. Se procura de cuestionar el hecho de que el juez no tenga más alternativa que la de indagar sobre esa historia y ampararse en ella para proferir el fallo, sin posibilidad alguna de consultar la correlación de la norma con la realidad actual e interpretarla a la luz del presente, y sin prejuicio del pasado, de forma tal que no quede maniatado por una mal entendida regla según la cual la *lex data* no puede ser sustituida por la *lex ferenda*. Es cierto que el juez no está investido de poder político ni tiene la facultad de crear derecho positivo a la manera del legislador, porque por fortuna lo impide el sistema de separación de poderes; pero también lo es que interpretar con el lente del pasado las normas aplicables al presente no parece razonable, ni garantiza que los fallos sean realmente justos. Por esta razón los entusiastas escritos de la exégesis tienen el estigma de la utopía y contrastan con la realidad. Una cita de la obra de DEMANTE, que hace BLASCO FERNÁNDEZ,

[19] Véase, *ibidem*, págs. 710 a 713.

pone en evidencia la fantasía de sus manifestaciones en pro de la interpretación según "el espíritu del autor de la ley":

"La voluntad del legislador es lo que constituye la ley. El espíritu del legislador constituye una guía tan segura que a menudo es necesario hacerlo prevalecer sobre sus términos en el sentido de que no hay que admitir todas las consecuencias autorizadas por la letra de la ley, ni desechar aquellas que no resulten de ella clara y necesariamente"[20].

O la de TAULIER: "Marcho en persecución de lo que la ley ha querido ser, a fin de saber lo que es; con el faro que alumbró necesariamente al mismo legislador, trato de penetrar en el fondo de su voluntad escrita, para robarle su sentido y su alcance más íntimos, de la misma manera que se sorprende el secreto de un ser vivo en su palabra y aun en su silencio"[21].

Tan elocuentes palabras, sin embargo, ignoran esa dimensión humana del juez que aquí se pone de presente y que cabe hacer extensiva, en general, a todos los "operadores" del derecho. Unos y otros, tienen como contexto la realidad actual y no la de la fecha en que se discutieron las leyes a la luz de las cuales ejercen su labor. Su profesión es difícil, porque trasciende los casos en que deban ocuparse para imponerles una comprensión cabal de la sociedad como condición insalvable para orientar su concepción del derecho.

Cabe recordar, en este aparte del ensayo, un salvamento de voto formulado en el seno de nuestra Corte Constitucional en el cual se insiste en que el juez debe atender la realidad

[20] Véase a BLASCO FERNÁNDEZ, *La escuela de la exégesis*, ed. cit., pág. 490.

[21] *Ibidem*, pág. 490.

actual para resolver los casos y cumplir, a cabalidad, las profundas directrices que prevé el artículo 229 de nuestra Carta Política. El pronunciamiento en mención dice lo siguiente:

"El artículo 230, en su sentido más profundo persigue orientar la aplicación e interpretación del derecho, de modo que ella se lleve a cabo con arreglo a la ley, pero tomando en consideración que la misión irrevocable del juez es articular una solución adecuada para el caso singular, lo cual solo es posible actualizando el sentido de las normas a partir de la realidad que se pretende regular" (salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, relacionado con la sent. C-083, de 1995, de la Corte Constitucional).

Ya no estamos en los tiempos de CESARE BONESANA, el *marqués de Beccaria*, cuando era explicable y justificado que los filósofos y juristas censuraran el excesivo poder de los jueces y prohijaran una función eminentemente mecánica y limitada que descartara para siempre los horrores y crímenes cometidos en nombre de la "justicia". El tormento, los fallos amañados, la sevicia y la crueldad con que se castigaba a personas inocentes, o reas de delitos menores sometidas a penas desproporcionadas y absurdas, comunes en los años del ilustre pensador italiano, son hoy excepcionales y cuando se presentan suelen implicar a los jueces y autoridades que obren de tal manera en delitos e infracciones sancionables con todo el rigor de la ley. Los jueces no cuentan en nuestro tiempo con "facultades" tan deleznables como las que motivaron a BECCARIA para escribir su luminosa obra *De los delitos y de las penas* en procura de la humanización del *derecho criminal* y la superación de la atrocidad y la barbarie institucionales que en su momento reinaban. La paradoja del éxito del libro, acogido con entusiasmo por los

enciclopedistas franceses, y su inclusión en el *Índice* de publicaciones prohibidas por la Iglesia de Roma, se aprecia en nuestro tiempo como un hecho sorprendente e insólito.

Las célebres conclusiones del marqués han perdido en buena parte su vigencia porque el contexto actual no es asimilable, en absoluto, al que les sirvió de sustento. La simple cita de algunas de ellas, incluido el famoso silogismo de la sentencia, pone de manifiesto su caducidad y deja en claro que, aun en el escenario en que fueron planteadas, se limitaban al derecho criminal y no se extendían al derecho en general:

"En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondríase como premisa mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre.

"No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley [...]. El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviere con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre"[22].

Aun más. Tan común y entusiasta referencia al silogismo de la sentencia, extendida a todas las especialidades del derecho, siempre ha sentado sus bases sobre la mera

[22] CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas* trad. Juan Antonio de las Casas, Barcelona, Edit. Altaya, 1994, págs. 31 y 32.

apariencia y, con singular ingenuidad, desatiende una consideración que no por su simplicidad pierde su valor: el juez, al aplicar la ley, quiérase o no y sea literalmente clara o no, la interpreta. Y, además de ello, interpreta los hechos y los reconstruye para resolver los casos a que haya lugar, pero no según ocurrieron en la realidad sino de acuerdo con la versión de las partes involucradas al juicio, las pruebas que integran el expediente y su íntima y personal convicción. Su papel, por consiguiente, no es tan pasivo como se pretende ni siquiera en campos como los del *derecho penal* y el *derecho tributario*, sometidos, con fundado e inquebrantable rigor, al principio de "reserva de ley"[23].

Limitar el derecho a lo establecido por la ley y a la interpretación literal, y a lo sumo sistemática o lógica, pudo ser explicable en el contexto en que se expidió el Código de Napoleón a manera de síntesis de los ideales de libertad, igualdad y seguridad jurídica que ilustraron a la Revolución francesa. La mítica apreciación que en esa oportunidad se extendió entre los juristas en torno a la condensación de la razón en un código que lo regulaba todo, sirvió de sustento a una concepción del derecho limitada a la ley, como expresión de la voluntad general, y a esa función meramente instrumental de los jueces que aquí se cuestiona.

La propia exégesis, en la versión germana de los pandectistas del siglo XIX, con WINDSCHEID a la cabeza, y en la *Teoría de la interpretación histórico-evolutiva*, del francés GABRIEL SALEILLES, llegó a sostener que la voluntad del legis-

[23] En similar sentido, véase a EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1995, págs. 75 y 76.

lador no ha de consultarse a la luz de lo que tuvo en mente al expedir la norma, sino en función de lo que habría sido su criterio si hubiera tenido la posibilidad de pronunciarse sobre el caso de que se trate[24].

En todo caso, bien sea que se acepte ese cuestionado sistema de consultar la "intención posible del legislador" o que se acojan planteamientos como los de FRANÇOIS GÉNY en torno a la imposibilidad de deformar la intención del legislador pero a la posibilidad de que se descarte la aplicación de normas extrañas a la realidad actual y se reconozca la existencia de lagunas jurídicas, lo cierto es que la interpretación de la ley debe consultar, con rigor, la actualidad fáctica en relación con la cual debe aplicarse[25]. Porque no es factible pretender que las normas lo regulan todo; porque en la expedición de los códigos no se agota la razón ordenadora de las relaciones humanas; porque la historia evoluciona sin interrupción como biografía inacabable del espíritu universal; porque el ordenamiento se afirma mediante su aplicación efectiva; porque los jueces y aplicadores del derecho no son "seres inanimados" por medio de los cuales transiten las normas y los hechos en su forma pura. Por esas, y muchas razones más, la exégesis no es admisible ni en la teoría ni en la práctica.

[24] Véase al respecto a MIGUEL REALE P., *Introducción al derecho*, adaptación Jaime Brutau París, Madrid, Edit. Pirámide, 1993, págs. 228 a 230.

[25] Sobre las tesis de GÉNY en torno a la superación de la *exégesis evolutiva* y el reconocimiento de "lagunas jurídicas" en relación con las cuales el juez tenga una función activa de creación del derecho, véase a MIGUEL REALE P., *Introducción...*, ed. cit., págs. 231 y 232.

2. Las diversas expresiones del positivismo. Positivismo analítico y positivismo sociológico

Ya en el *positivismo*, con Kelsen a la cabeza, la preocupación fundamental es la *validez de la ley*. Cuál es el órgano competente para proferir la ley y cuáles las condiciones de su vigencia y derogatoria, constituyen las preguntas que de modo fundamental interesan a sus seguidores. Las diferentes especies de positivismo coinciden, al decir de Alf Ross, en negar la existencia de una ley natural caracterizada por una explicación metafísica del *derecho* y afirmar, con el respaldo del método experimental que favoreciera a las ciencias naturales en los inicios del siglo XIX, que la base del derecho se encuentra en la *experiencia*. En síntesis, pretenden abordar el aspecto filosófico del derecho desde un punto de vista empirista y antimetafísico[26] que descarte las afirmaciones apriorísticas e incomprobables y haga énfasis en la experiencia.

Empero, tal reacción contra el iusnaturalismo puede ser apreciada desde dos puntos de vista: uno que podría denominarse geográfico y otro filosófico-sociológico, sin que ello implique una distinción absoluta.

El primero de los criterios de referencia ha sido expuesto, con singular claridad, por el realista escandinavo Karl Olivecrona, en su obra *El derecho como hecho*, a fin de advertir que hay diferencias de importancia entre los positivismos inglés, francés y alemán. El positivismo inglés, anota Olivecrona, tuvo como contexto filosófico el empirismo de

[26] Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. Julio Barbosa, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1961, pág. 12.

DAVID HUME y su concepción anticontractualista y halló en JEREMÍAS BENTHAM, y posteriormente en su discípulo JOHN AUSTIN, una entusiasta y rigurosa acogida. El positivismo francés encontró sus raíces en la exégesis, ya comentada en este trabajo, y tras un camino, igualmente descrito, en el que a partir de la ley como manisfestación voluntaria del derecho natural se arribó al derecho positivo como única expresión del derecho, tuvo su personificación en CARRÉ DE MALBERG, identificado como el "padre del positivismo francés". Y el positivismo alemán, por su parte, recibió la influencia de las doctrinas sobre el espíritu nacional y tuvo como sus más reconocidos representantes a SAVIGNY y a PUCHTA, sin olvidar la importancia histórica y actual del legado iusfilosófico de HEGEL, cuyo pensamiento se identifica con acierto, por OLIVECRONA, como propio de un *positivismo idealista*[27].

A la luz del segundo de los criterios en comentario, el *positivismo* halla sus raíces remotas en la sofística, y particularmente en la célebre definición de TRASÍMACO, según la cual "justo es aquello que favorece al más fuerte", y en la máxima de PROTÁGORAS sobre "el hombre como medida de todas las cosas". Los antecedentes modernos, por su parte, tienen como fuente común al notable pensador francés AUGUSTO COMTE y su exposición sobre la evolución humana desde la perspectiva de los tres estados o mitos definitorios del acontecer histórico: el teológico, el metafísico y el positivo[28].

[27] Véase a KARL OLIVECRONA, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. Luis López Guerra, Barcelona, Edit. Labor Universitaria, 1980, págs. 30 a 42.

[28] La célebre "ley de la evolución intelectual de la humanidad" o "ley de los tres Estados", de COMTE, puede apreciarse en forma de síntesis elaborada por el mismo autor a partir de su sistema de filosofía

Tras el largo recorrido metafísico del *Renacimiento* a mediados del siglo XIX, incluidas las filosofías históricas del derecho de SAVIGNY, HEGEL y MARX; tras la "razón eterna" de los iusnaturalistas, el "espíritu del pueblo", de SAVIGNY, el "espíritu universal", de HEGEL, y la "extinción del Estado y el comunismo", de MARX, el positivismo, desde la segunda mitad del siglo XIX, aboga por la experiencia como condición de la ciencia del derecho[29].

En lo jurídico, todavía se discute si es viable identificar en THOMAS HOBBES la primera expresión clara de *positivismo* en el ámbito del Estado-nación, o si solo es factible incluirlo como uno de los iusnaturalistas contractualistas que enriquecieron la *imaginación jurídica* con el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil. Lo que aquí se sostiene al respecto, es que el legado jurídico del ilustre pensador inglés fue *positivista* aunque en su obra haga frecuente referencia al derecho natural y a la ley natural. Los siguientes apartes de *El leviatán*, aun a pesar de las referencias al derecho natural, propias de los años en que se escribió, sintetizan esa concepción iuspositivista del autor:

"La ley natural y la ley civil están contenidas la una en la otra, y tienen igual extensión. Pues las leyes de naturaleza, que son la equidad, la justicia, la gratitud y las demás virtu-

---

positiva, en su libro intitulado *Discurso sobre el espíritu positivo*, trad. Julián Marías, Barcelona, Edit. Altaya, 1996, págs. 17 a 35. Según esa "ley", todas las especulaciones humanas transitan por tres estados teóricos distintos en una evolución ascendente: el "teológico", o "ficticio", el "metafísico" y el "positivo" o "real".

[29] Véase al respecto a JUAN R. DE PÁRAMO, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, págs. 105 a 130.

des morales que de ellas dependen en una condición meramente natural, no son propiamente leyes, sino cualidades que disponen a los hombres a la paz y la obediencia. Una vez que un Estado ha sido establecido, es cuando de hecho aparecen las leyes, y no antes. Pues es entonces cuando las leyes son órdenes del Estado y, en consecuencia, leyes civiles, pues es el poder soberano el que obliga a los hombres a obedecerlas"[30].

BODENHEIMER, en su *Teoría del derecho*, alude a dos grandes modalidades de *positivismo*, a saber: el *positivismo analítico*, según el cual los datos que interesan a la *ciencia del derecho* son las "reglas jurídicas efectivas" establecidas por los órganos del Estado, escuela esta que tiene en JOHN AUSTIN y HANS KELSEN a sus más reconocidos representantes. Y el *positivismo sociológico*, cuyos datos de referencia son los factores y fuerzas que inciden en las "reglas jurídicas"[31].

[30] THOMAS HOBBES, *Leviatán*, vol. I, trad. Carlos Mellizo, Barcelona, Edit. Altaya, 1994, pág. 217.

[31] ÉDGAR BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pág. 9. Es de destacar que el autor acoge la clasificación del *positivismo antimetafísico en analítico y sociológico*. Según él, representan el *positivismo analítico* escuelas como las de BENTHAM y VON IHERING, la de la *jurisprudencia analítica*, de AUSTIN y la *Teoría pura kelseniana*, todas ellas caracterizadas por entender el derecho como un mandato del soberano, clasificar las reglas jurídicas e interrelacionarlas y estudiar, como un todo, el sistema jurídico. El *positivismo sociológico*, por su parte, se ocupa de las fuerzas sociales que ejercen influencia en el desarrollo del derecho y no tanto de los mandatos del gobernante, en cuanto tales, como de las influencias que determinan su contenido. Entre sus más destacados representantes cabe destacar a ROSCOE POUND, con su réplica empirista al racionalismo iusnaturalista que predominara en Estados Unidos durante el siglo XIX,

Entre los más destacados exponentes de esta segunda vertiente del *positivismo*, a que alude BODENHEIMER sobresalen la *escuela sociológica* y la *escuela realista* de Estados Unidos. Es una concepción amplia del *positivismo* que se hace extensiva, en general, a las apreciaciones sociológico-jurídicas que concurren con las *teorías puras* para rechazar las apreciaciones metafísicas y apriorísticas del derecho. Pero que no es óbice para advertir las profundas diferencias que hay entre esas dos especies de *positivismo*; diferencias en virtud de las cuales hay obras de indudable rigor que abordan las concepciones sociológicas en concordancia con el neoiusnaturalismo, el neokantismo y el humanismo jurídico, para conformar una tendencia general "antipositivista"[32]. Por esa razón, en las páginas que siguen, de este libro, se dedica algún espacio a la distinción entre el *positivismo analítico* y el *sociológico*.

---

y a los representantes del *realismo jurídico*. Véase a BODENHEIMER, ed. cit., págs. 303 a 371. En este trabajo se ha preferido la presentación que hace BOBBIO, en su *Teoría general del derecho*, de acuerdo con la cual la concepción sociológica del derecho es una respuesta tanto al *iusnaturalismo* como al *positivismo* tradicional.

[32] A manera de ejemplo, véase a BENIGNO MANTILLA PINEDA, "Positivismo y antipositivismo en la filosofía del derecho", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice VI, Buenos Aires, Edit. Driskill, 1990, págs. 414 a 421. MANTILLA llega a sostener, en su escrito, que una correcta apreciación de la *teoría pura del derecho* permite identificar a KELSEN como uno de los pensadores antipositivistas. Al respecto, es necesario advertir que en el trabajo en comentario el iusfilósofo opta por restringir el significado del positivismo a la trilogía representada en su momento por AUGUSTO COMTE, JOHN STUART MILL y HERBERT SPENCER.

A) *El positivismo analítico*

El *positivismo analítico* es eminentemente formalista y orienta todos sus puntos de vista al *sistema de normas*, a tal extremo que llega a calificar como *pleonasmo* la expresión *Estado de derecho*, en razón de que el Estado es esencialmente jurídico. El *derecho*, según el *positivismo analítico*, es fruto del mandato de quien está habilitado para proferirlo de acuerdo con el *ordenamiento* y, por consiguiente, tiene plena vigencia y validez tanto en los regímenes demoliberales como en los autoritarios. Para el *positivismo* prevalece, de modo fundamental, la *voluntad creadora de las normas*; y la razón, tan cara al *iusnaturalismo contractualista*, es relegada a la *interpretación del derecho*, más que a su *creación*. De ahí la enérgica conclusión de BODENHEIMER en medio de una defensa entusiasta, pero rigurosa, del *derecho* como una institución racional: "Ese ataque moderno contra la razón es, a la vez, un ataque contra el derecho"[33].

Aún más. Dado el estrecho vínculo que el positivismo establece entre el Estado y las normas, sus críticos han llegado a sugerir la conveniencia de trascender la tradicional denominación de Estado de derecho para arribar a una que verdaderamente descarte que los totalitarismos y regímenes de fuerza puedan entenderse incluidos en ese género. En particular, GUSTAVO ZAGREBELSKY, el jurista italiano del "derecho dúctil", sostiene que la brillante y muy adecuada referencia decimonónica al "Estado de derecho" tiende a ser sustituida por otra, propia de la última parte del pasado siglo y de los inicios del siglo XXI, que identificaría el aspecto

[33] Véase a BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, ed. cit., págs. 304 y 305.

político-jurídico de una profunda transformación sobre el contenido del derecho: la del "Estado constitucional". No como la más acabada expresión del Estado sometido a las normas jurídicas, y en este caso a la Constitución, sino en el contexto de una apreciación de la ley más flexible, menos separada de la realidad y vinculada a un papel de los jueces y aplicadores del derecho orientado por una deliberada gestión en pro de los principios constitucionales y, en especial, de la justicia y la equidad[34].

Tal afirmación se une a numerosas réplicas que ha tenido que afrontar el *positivismo analítico* por autores de diversas corrientes que reclaman la riqueza de contenido del derecho y denuncian el vacío del sistema de normas. Réplicas a las cuales han respondido sin ambages los pensadores positivistas, hasta llegar a denunciar intereses creados y ambiciones personales de parte de quienes prohíjan un "derecho politizado". Manifestaciones como la de KELSEN, formulada en mayo de 1934 en el prólogo de la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, son fiel reflejo de esa entusiasta defensa del derecho puro, sin ideologías. Veámosla:

"[...] los argumentos que contra ella (la tesis positivista) elevan de un lado y otro, dirigidos más bien no contra la teoría pura del derecho propiamente, sino contra un simulacro elaborado según las necesidades del ocasional contrincante, se anulan entre sí, haciendo de esa suerte casi superflua una polémica. Los unos opinan despectivamente que se trata de una teoría enteramente vacía de contenido, un juego vacuo de conceptos huecos; su contenido significa, en mé-

[34] Véase a GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, 1995, págs. 21 a 47, integrantes de un capítulo de la obra intitulado "Del Estado de derecho al Estado constitucional".

rito a sus tendencias subversivas, un serio peligro para el Estado constituido y su derecho, advierten los otros. Dado que la teoría pura del derecho se mantiene libre enteramente de toda política, se alejaría de la vida palpitante, convirtiéndose así en científicamente carente de valor; se trata de uno de los reproches más frecuentes que contra ella se formulan. Pero con no menor frecuencia cabe oír que la teoría pura del derecho no estaría de manera alguna en condiciones de satisfacer sus exigencias metódicas básicas, siendo ella misma nada más que la expresión de una determinada actitud axiológica política. Pero ¿cuál? Los fascistas la explican como un liberalismo democrático; los demócratas, liberales o socialistas, la tienen por una avanzada del fascismo. Desde el lado comunista es descalificada como ideología del estatismo capitalista; desde el lado del capitalismo nacionalista, es descalificada como un craso bolchevismo o, de pronto, como un disimulado anarquismo. Por su espíritu —aseguran algunos— estaría emparentada con la escolástica católica, mientras que otros creen reconocer en ella las notas características de una doctrina protestante del Estado y del derecho. Y tampoco faltan aquellos que quisieran estigmatizarla como atea. En suma: no hay orientación política alguna de la que la teoría pura del derecho no haya sido sospechada. Pero justamente ello demuestra, mejor de lo que yo podría hacerlo, su pureza"[35].

[35] HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Edit. Porrúa, 1991, págs. 10 y 11. Más tarde, en su opúsculo intitulado *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, el mismo KELSEN tuvo que precisar que jamás pretendió proponer la "teoría de un derecho puro" sino la "teoría pura del derecho", con el fin de advertir que la pureza del método, por la cual abogó, no significaba desconocer el profundo

En su trabajo intitulado *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, el mismo maestro de Viena defiende con claridad la pureza del derecho:

"Motejar los conceptos jurídicos formales de construcciones vacías, carentes de valor, es tan absurdo como echar en cara a un geómetra que sus conceptos se refieran simplemente a la forma de los cuerpos, sin decir nada sobre su materia. El intento de insuflar vida a las normas jurídicas añadiendo a los formales elementos de contenido, inspirado en consideraciones teleológicas, es error metódico semejante al del estudiante de geometría que, al definir el cubo o la esfera, dijese que pueden ser de cobre, madera o cartón. En cuanto análisis puramente estructural, la teoría pura podría considerarse como una especie de geometría del fenómeno jurídico"[36].

El exceso de esa concepción pura, sin embargo, radica en desconocer que entre el contenido del derecho y la geometría hay una diferencia radical. El derecho, en efecto, regula situaciones humanas, en tanto que la geometría explica la forma y condiciones de los cuerpos.

AUSTIN, el más importante iuspositivista analítico inglés, por su parte, no dudó al recomendar que los programas

---

contenido que informa al sistema de normas. Ya en el capítulo anterior de esta obra se hizo énfasis en la tergiversación y el equívoco que implica toda apreciación de la teoría kelseniana como partidaria de un extrañamiento irrenunciable del jurista al mundo de las normas, por fuera de toda realidad. Que la pureza del método imponga, para KELSEN la distinción entre el *ser* y el *deber ser* no significa que los juristas, por ocuparse del *deber ser* deban hacer caso omiso del *ser*.

[36] Cita de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, ed. cit., pág. 30.

de estudio para los juristas se dirijan, con toda energía y casi exclusivamente, al estudio de la jurisprudencia general, de la ciencia de la legislación y de todas aquellas ciencias que de manera inmediata pueden prepararles para su profesión o para la política práctica:

"Lamento que tenga que ser así. Nada, en efecto, me causaría mayor placer que un conocimiento extenso, especialmente de las ciencias exactas; pero, en términos generales, el que quiere conocer algo bien, tiene que ser un ignorante respecto de muchas otras cosas"[37].

Lo anterior como consecuencia inmediata de su concepción igualmente purista sobre el *derecho,* a la luz de la cual es necesario separar el ámbito del cual se ocupa del que es propio de otras disciplinas: "La jurisprudencia tiene por objeto el derecho positivo; es el derecho simple y estrictamente así llamado, esto es, el derecho impuesto por los superiores políticos a sus súbditos"[38].

Empero, tan entusiastas y rigurosos planteamientos de KELSEN y de AUSTIN contrastan con la amplia función que aquel reconoce a los "órganos de aplicación del derecho" en el sentido de "producir", de "crear" derecho. El mismo KELSEN, en el capítulo VIII de su *Teoría pura del derecho*, reco-

[37] JOHN AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, págs. 68 y 69. En el mismo sentido, el célebre profesor de la Universidad de Londres precisó que "*las leyes positivas* (o "leyes en sentido estricto") *son el objeto de la jurisprudencia*". Cfr JOHN AUSTIN, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. Juan Ramón de Páramo Argüelles, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, págs. 198 a 202.

[38] Cfr. *ibidem*, pág 33.

noce que tales "órganos" tienen un papel activo en la creación del derecho. Sus palabras no dejan duda al respecto:

"[...] también es auténtica [la interpretación que no adopta la forma de ley o de tratado internacional, sin alcance general], es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce solo una norma individual o ejecuta una sanción. Debe tenerse en cuenta que por vías de interpretación auténtica, es decir de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no solo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable [...]. Que muchas veces se cree nuevo derecho por vía de semejante interpretación auténtica —especialmente por tribunales de última instancia— es un hecho bien conocido"[39].

Si se tiene en cuenta ese importante papel de los aplicadores del derecho que reconoce el ilustre pensador iuspositivista, no parece razonable que se niegue un contenido de su incumbencia a la ciencia de la cual se ocupan y, en su lugar, se afirme el frío e insuperable panorama del sistema de normas o de "la construcción escalonada del orden jurídico", a que alude el mismo KELSEN.

El derecho no es simplemente el mundo de las normas impuestas al amparo de la coacción, respecto de las cuales los operadores y jueces deban limitarse a obrar con obediencia y sumisión, aun en medio del autoritarismo y la arbitra-

[39] HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, ed. cit., pág. 355.

riedad de los ocasionales titulares del poder político. Operadores y jueces, encargados del derecho en acción, deben contar con una formación humanística y social que les permita aprehender con rigor la realidad sobre la cual deben pronunciarse y defender, con esmero, la preponderancia del orden jurídico, la vigencia del "Estado de derecho", o si se quiere del "Estado constitucional", y no del "Estado de poder", como dice BODENHEIMER. Lejos del formalismo del sistema de normas, los juristas tienen el inaplazable compromiso de entregarse al estudio de su contenido. Solo de esa manera puede lograrse, a cabalidad, la plena dinámica de ese mismo sistema: el legislador, al discutir y aprobar las normas; los funcionarios de la administración pública, al aplicarlas; los abogados litigantes; los consultores; los profesores y tratadistas; todos ellos, como los jueces, deben ser intérpretes del derecho a la luz de la realidad y no de la fantasía, del presente y no del pasado, de la sustancia y no de la forma. He ahí el remedio para superar la multiplicación de normas que inundan el orden jurídico sin ningún resultado y, lejos de los loables objetivos que en ocasiones puedan perseguir sus gestores, contribuyen a la corrupción, la incertidumbre y el caos.

No se trata de desconocer la importancia del sistema de normas ni ignorar la preeminencia de la Carta Política en el contexto del orden jurídico, puesta de manifiesto por la Corte Constitucional en términos que revelan la influencia de HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART[40]:

[40] Véase H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, y de manera especial el capítulo VI, sobre *Fundamentos de un sistema jurídico*, *ibid.*, págs. 125 a 155.

"La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del Estado.

"[...] El conjunto de los actos de los órganos constituidos —Congreso, ejecutivo y jueces— se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez.

"[...] Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4º: «En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra forma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales»" (sent. T-006, 12 mayo 1992).

De lo que se trata es de cuestionar una actitud pasiva y cómoda que, so pretexto del acatamiento del orden jurídico, no interprete las normas ni procure aplicarlas a la luz de la realidad. La propia supremacía de la Carta, a que alude nuestro Tribunal Constitucional, impone a los jueces y operadores del derecho una labor de amplio alcance, en relación con la aplicación de las normas, que no es posible sin una formación sólida y universal.

B) *El positivismo sociológico y la eficacia del derecho*

El tercero de los criterios de valoración del derecho, el de la eficacia, sugiere una "validez sociológica": "la obe-

diencia del derecho"[41]. Es una réplica al *positivismo analítico* basada en el hecho de que la simple existencia de la norma no garantiza su cumplimiento. De lo que se trata es de examinar la verdadera vinculación del *derecho* con los *hechos* y, en buena medida, de prescindir de ese purismo exagerado que se opone a los análisis de *contenido* sobre el *derecho* y prohíja su estudio como ciencia comprendida exclusivamente por las normas vigentes, expedidas por quienes tienen el poder para hacerlo y, por ende, formalmente válidas. Comprende a quienes abordan la ciencia del derecho a la luz de los hechos, extremo tan censurable como el que representan quienes lo hacen a la luz de las normas, y a quienes, como ALF ROSS, el realista escandinavo, proponen una concepción integral del derecho, monista y no dualista, orientada por las normas y por los hechos. En términos de BODENHEIMER, este tercer criterio de valoración, a cuyo análisis se dedican las siguientes páginas, corresponde al *positivismo sociológico*.

3. LOS NUEVOS VIENTOS DEL IUSNATURALISMO Y SU ESTRECHO VÍNCULO CON EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN GENERAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, EN PARTICULAR EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO

Pero la rueda de la historia sigue su curso y no se interrumpe mientras exista el hombre. Si bien el discurso sobre los *derechos naturales* paradójicamente condujo a los más destacados paradigmas del *positivismo*, y no obstante la aguda argumentación de KELSEN y sus seguidores contra la idea de la *justicia* como ser del *derecho*, defendida por el *iusnatu-*

[41] Véase a NORBERTO BOBBIO, *Teoría general del derecho*, trad. Jorge Guerrero R., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1992, págs. 33 a 37.

ralismo eticista de TOMÁS DE AQUINO y de FRANCISCO SUÁREZ, la historia abrió nuevos cauces para el *iusnaturalismo*, tanto desde la perspectiva de la *ley* en general como la de los *derechos naturales* que en su momento prohijara, con tanto énfasis, el *liberalismo lockiano*. Esa nueva vía ha sido el fruto del terror y la barbarie que obraron como instrumentos de Estado de regímenes como los del *fascismo italiano*, el *nazismo alemán* o las *dictadiras militares latinoamericanas* que tuvo que soportar la biografía del espíritu del mundo durante transitorios pero muy dolorosos espacios del siglo XX. Regímenes que, al decir de RADBRUCH, un eminente cantor del *positivismo* que acogió el discurso *iusnaturalista* después de vivir la sinrazón de la noche hitleriana, tuvieron como paradigma jurídico la identidad entre el *derecho* y la *ley positiva*, conforme a la cual *el derecho es la ley y la ley es el derecho*[42].

[42] HANS WELZEL describe, con singular precisión, el tránsito de RADBRUCH del *positivismo*, contrario por completo a la idea de la *ley natural* como determinante de la legitimidad de la *ley positiva*, que defendiera enfática y rigurosamente antes de los crímenes nacionalsocialistas, a un *iusnaturalismo* renovado, a la luz del cual el *derecho* no se agota con la *ley positiva* sino que tiene como inevitable referente a la *ley natural*. RADBRUCH, ótrora representante del *positivismo* y del *relativismo* y de la tesis de la identificación del *derecho* con la *ley* impuesta por quien detente el poder para hacerlo, no dudó al concluir, después de la barbarie hitleriana, que la simple forma de una ley positiva no puede convertir lo injusto en justo ni la arbitrariedad y el crimen en *derecho*. Cfr. HANS WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. al italiano Giuseppe de Stefano, Milano, Giuffrè, 1965, págs 332 a 335. Véase, al respecto, el capítulo VIII, de esta obra, en el cual se alude a la crítica de FRANCISCO LAPORTA a esa profesión de fe iusnaturalista y, en especial, al extremo inaceptable de las posiciones que presentan al nacional socialismo y al fascismo como consecuencias del *positivismo*.

Tal fue el contexto que iluminó las tendencias de todos los países del mundo a las *declaraciones de derechos* y a los *pactos internacionales* sobre *derechos del hombre.* Fue necesario volver al discurso racionalista de los *derechos naturales* para que la Sociedad de las Naciones los reconociera en *declaraciones universales,* sin fuerza vinculante, que sirvieron de antecedente a los *pactos* que se comentan en el capítulo I de este libro, los cuales sí entrañan obligaciones susceptibles de ser exigidas por los asociados y garantizadas por los jueces en general y por el juez constitucional en particular. Pero además fue inevitable retornar a la evaluación del *derecho positivo* desde el punto de vista del sentido de lo *justo* que debe informarlo, porque las normas inicuas que persiguen simplemente fines protervos concebidos por quienes se entronizan transitoriamente en el poder al amparo de la barbarie y el crimen no pueden ser consideradas como parte del *derecho*[43].

Fruto de ese renacimiento de los *derechos del hombre* y del valor de la *justicia* que debe informar al *derecho legislado*, la síntesis dialéctica que cabe atribuir a las actuales tendencias del pensamiento jurídico no es otra que la de la concurrencia de los aspectos prenormativos y normativos pero en estrecho contacto con la realidad fáctica que le da sentido a lo jurídico. Es la sublimación trialista o tridimensional que aquí se acoge con profunda convicción.

[43] Sobre esta apasionante apelación a lo justo el lector puede consultar el capítulo VIII de esta obra, en el cual se trata el tema de la relación entre el derecho y la moral y se examinan la "desobediencia civil" y la "objeción de conciencia"

Capítulo III

LOS REALISMOS JURÍDICOS NORTEAMERICANO Y ESCANDINAVO Y EL REALISMO JURÍDICO EN GENERAL

1. Los realismos norteamericano y escandinavo y el "realismo jurídico clásico" o metafísico

Es necesario distinguir los *realismos jurídicos norteamericano y escandinavo*, del llamado *realismo jurídico clásico, o metafísico*. Este último fue planteado por Aristóteles y Santo Tomás y hoy lo defienden, entre otros, Hervada, Villey y Lachance en medio de un común cuestionamiento de los positivismos formalista y sociológico[1].

Para su explicación, dado que este trabajo no pretende efectuar un análisis exhaustivo sobre el tema, simplemente se desarrollan a continuación dos secciones destinadas, en su orden, a describir, de manera general, algunos aspectos

[1] Así lo puntualiza Francisco José Herrera J., en *Filosofía del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1994, pág. 47. El profesor Herrera participa de la *concepción realista clásica del derecho* y su exposición aristotélico-tomista sirve de referencia a los comentarios de esta sección orientada a distinguir esa posición iusfilosófica de la que prohíjan los *realismos jurídicos norteamericano y escandinavo*.

básicos del *realismo metafísico* y a comentar esos mismos aspectos pero desde la perspectiva de su proyección en la concepción actual en el derecho y, en particular, en el *principio de equidad.* Veamos.

A) *Planteamientos generales del realismo metafísico*[*]

*"*Los hombres recurren al juez, como a cierta justicia animada"*

ARISTÓTELES

El punto de partida para comprender los planteamientos jurídicos y políticos de TOMÁS DE AQUINO es su concepción de la *virtud* como *idoneidad*, como *aptitud* para lograr el cumplimiento de los fines que de modo mediato o inmediato, fluyen de la naturaleza. De modo *mediato* en el caso del hombre como *ser racional libre* que, en su condición de tal, no se somete simplemente a los dictados de la *ley eterna* que gobierna al Universo sino que participa de ella y coadyuva para su realización; y de modo *inmediato* en las *cosas naturales*, privadas de *razón,* las cuales obedecen, por su sola existencia, a ese ordenamiento eterno emanado directamente de Dios. La *virtud*, en lo que atañe al ser humano, supone una relación estrecha entre los fines que ha de perseguir y la *idoneidad* con que cuenta para lograrlo; una *idoneidad* que le es propia por naturaleza pero que está en *potencia,* y no *en acto*, y, por tanto, requiere un constante proceso de desarrollo, de progreso, de proyección a ser *acto,* todo lo cual impone una formación deliberada y apta para que lo logre, tanto desde el punto de vista externo como a partir de la más

profunda interioridad de su ser[2]. Según se hará ver en este capítulo, la concepción tomista de la *ley natural,* la *ley positiva* y el *derecho,* en general, gira alrededor de la *virtud* de la *justicia.*

Cabe recordar, al respecto, la distinción que hace Santo Tomás entre el *derecho natural* y el *derecho positivo,* la cual tiene que ver con las condiciones en que una cosa es intrínsecamente *justa* o *se hace justa*, toda vez que el derecho positivo, de creación humana, solo es susceptible de considerar como tal en la medida en que no se aparte del *derecho natural*[3].

Como corolario de lo anterior y desde el punto de vista que interesa para este escrito, el *realismo metafísico* puede estudiarse a la luz de tres ideas fundamentales: la diferencia y la relación entre el *derecho natural* y el *derecho positivo*; la concepción de la *justicia legal* a partir del sentido de lo justo y el papel del legislador y del juez desde esa misma perspectiva de lo justo. Veamos:

a) *El derecho natural y el derecho positivo:* la justicia puede tener dos expresiones fundamentales en la práctica: en primer término como *justicia general*, es decir en función de todo acto virtuoso dirigido al bien de la comunidad; y en segundo lugar, como justicia legal relacionada con la actividad del legislador y de los jueces.

De acuerdo con el comentado vínculo que debe haber entre lo que naturalmente es justo y las condiciones en que

[2] Sobre la *ética tomista* como una *ética de la virtud* véase a Rolf Schönberger, *Tomaso d'Aquino*, trad. al italiano Pietro Kobau, Napoli, Il Mulino, 2009, págs. 140 a 150.

[3] Tomás de Aquino, *Suma de Teología* III, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1995, Q 57, 3.

se hace lo justo, la *ley positiva* debe contener el *derecho natural*, no como su razón de ser ni, menos aún, su razón creadora, sino como expresión social de lo que es justo.

El papel fundamental de la *ley humana* es instituir el derecho positivo y dotarlo de fuerza y autoridad. Pero de ningún modo puede contradecir a la *ley natural.* En ese sentido, el papel de la *ley positiva* no es otro que el de proyectar el derecho natural a la regulación de la vida del hombre en el seno de la sociedad[4]. Así entendida, la *ley positiva* debe ser el instrumento específico para la aplicación entre los hombres del *derecho natural*[5].

La expresión del derecho positivo en las leyes y en la práctica requiere, en primera instancia, las sucesivas intervenciones del legislador y del juez, verdaderas expresiones visibles de lo que ha de ser la aplicación de lo justo entre los hombres. La creación del derecho positivo y su recta aplicación, por así decirlo, hallan su luz en el *derecho natural* y en él encuentran la condición fundamental de su validez[6]. Lo cual equivale a decir que el *derecho natural* es el norte necesario que deben atender el legislador y el juez[7]. Según el *Aquinate*, la ley positiva *tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural*; de modo que todo aquello que se desvíe de esa dirección, no será más que corrupción de la ley[8]. Por

[4] *Suma de Teología* II-II, Q 57, a 1, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1995.

[5] *Ibidem*, Q 95, a 2.

[6] *Ibidem*, Q 95, a 5.

[7] *Ibidem*, Q 58, a 2.

[8] *Ibidem*, Q 95, a 2.

eso, concluye que *si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural, es injusta, sin fuerza para obligar*[9].

b) *Contenido de lo justo legal.* Para arribar a la concepción de lo justo Santo TOMÁS, como ARISTÓTELES, acude a la necesaria relación que, a su juicio, debe existir entre la racionalidad humana y el libre arbitrio.

Partiendo de la definición aristotélica de justicia como *el hábito según el cual se dice que uno es operativo en la elección de lo justo,* Santo TOMÁS esclarece los elementos del acto de justicia, los cuales son aplicables al legislador al hacer la ley, al juez al aplicarla y, en general, a toda persona que realiza la justicia:

- Obrar con conocimiento y voluntad, toda vez que la ignorancia no permite obrar voluntariamente;
- Realizar en el acto de lo justo una elección de acuerdo con un fin debido; y
- Para dotar de firmeza al acto de lo justo, obrar de ese modo con un carácter de permanencia; es decir, con una "constante y perpetua voluntad"[10].

Ya en el ámbito concreto de la justicia legal, es imperativa su aplicación a la luz de dos parámetros imprescindibles: la igualdad y la aliedad. La igualdad se refiere a que los actos de justicia deben realizarse de acuerdo con lo que la norma prescribe, norma general que es externa al agente y al destinatario de su acción. Y la aliedad, por su parte, se traduce en que un *acto de justicia* siempre implica un destinatario diferente de quien lo realiza porque, según lo enseñara el de

[9] *Ibidem*, Q 95, a 2.

[10] *Ibidem*, Q 58, a 1.

Estagira *nada es igual a sí mismo, sino a otro*, de modo que una y otra característica están necesariamente interrelacionadas[11].

Finalmente, toda ley debe orientarse indefectiblemente a ordenar el *bien común*; de otra manera, desconocería la justicia tanto *legal* como *general*. Y debe hacerlo en condiciones tales que se pueda aplicar a muchos casos y por un término generalmente indefinido[12].

c) *La acción del juez ante los postulados de la ley.* En lo que concierne a la *aplicación del derecho,* el juicio debe realizarse según la *ley escrita*, pero para la realización de "lo justo". Esta circunstancia, como se verá a continuación, incide de manera definitiva en la concepción iusnaturalista sobre la equidad como luz que debe orientar siempre la labor de los tribunales.

B) *Comentarios sobre los planteamientos del realismo metafísico y su proyección en la concepción actual. La equidad como principio fundamental del derecho*

Los partidarios del *realismo metafísico* pretenden que el *derecho* no se limita al ordenamiento positivo, sino que, por el contrario, la condición fundamental de validez de la ley positiva radica en que acate los preceptos de la ley natural. Su respuesta a la pregunta kantiana sobre *lo que es el derecho* (*quid ius*)[13] tiene un alcance notoriamente amplio

[11] *Ibidem*, Q 58, a 2.

[12] *Ibidem*, Q 96, a 2.

[13] La palabra 'derecho' deriva de las latinas *rectum, directum, dirigere, regere*, que significan 'guiar', 'apacentar' y también 'regir', 'gobernar'. La palabra latina *jus*, cuyo significado es 'derecho', pro-

y en buena parte orientado por la célebre distinción entre *ley eterna, ley divina, ley natural* y *ley humana*, que propuso Santo TOMÁS DE AQUINO.

Para el *realismo aristotélico tomista* el *derecho* es "lo justo" (*ius*), aunque el paso del tiempo haya permitido la vulgarización del significado de la palabra a tal punto que se confunde su concepción, como tal, con el arte de descubrirlo y llega a hablarse de quienes tienen que *acudir a la justicia* para aludir a quienes han de promover la acción de los jueces. Después de destacar que la justicia es por esencia una virtud que se predica de la relación con los demás, y no de uno mismo, según un criterio de igualdad[14], Santo TOMÁS insiste en que el derecho es lo justo y, en su *Tratado de la justicia*, de la *Summa theologica*, se refiere en estos términos a la "vulgarización" del término:

"[...] la palabra derecho (*ius*), primeramente significaba lo justo; mas después se torció su significado para indicar el arte por el cual sabemos lo que es justo; así suele decirse, por ejemplo, que un hombre 'comparece ante el derecho' (o bien ante la justicia); y también se dice que 'ejercita el derecho' aquel a quien toca por oficio ejercitar la justicia, aun cuando sea injusto lo que determine"[15].

En consecuencia, es claro que el *derecho* no es el conjunto de normas o de reglas, sino precisamente el fundamento

---

cede del sánscrito *ju*, que traduce "unir", "enlazar". Véase *Diccionario enciclopédico Salvat*, vol. IV, Madrid, Edit. Salvat, 1960, pág. 518.

[14] Tema desarrollado en el literal anterior.

[15] SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Tratado de la justicia*, trad. Carlos Ignacio González, S. J., México, Edit. Porrúa, 1990, pág. 118. Cfr. también, en otra versión en español, II-II, Q 57, a 1, *op. cit.*, vol. III, pág 470.

que informa a unas y otras. Limitar la idea del *derecho* al conjunto de normas es tanto como confundir el efecto con la causa, el antecedente con la consecuencia.

El *derecho* no puede confundirse con la ley positiva, con el conjunto de normas, porque no es fruto de la creación humana sino que tiene una existencia real. Es una *cosa* susceptible de ser pensada como *incorporal*. Es lo *justo*, de acuerdo con esa profunda concepción según la cual ha de *darse a cada cual lo suyo*, y, por tal razón, no se confunde con las reglas, sino que les sirve de fundamento. Como a cada cual debe *dársele lo suyo*, el *derecho es lo debido* y, en cuanto *debido*, es lo *exigido*, pero no lo contrario. Es sobre esas bases que el *Aquinate* afirma que "El derecho es el objeto de la justicia"[16]. El derecho no busca la justicia porque el derecho es lo justo, decía con claridad FRANCISCO HERRERA para advertir que a la luz del realismo jurídico aristotélico tomista es un imposible ontológico pretender que la justicia es el fin del derecho[17]. En términos del maestro de Salamanca FRANCISCO DE VITORIA, "el derecho es el objeto de la justicia, porque no considera la condición del agente sino que está en relación con otro". Así como la alteridad, y no la relación con uno mismo, es de la esencia de la justicia y diferencia esta virtud de las demás, en su objeto, el *derecho*, "no hay que tener en cuenta la condición del agente, es decir si es rico o es pobre el

[16] Véase a MÁXIMO PACHECO, *Teoría del derecho*, 4ª ed., Santiago-Santa Fe de Bogotá, Edits. Jurídica de Chile-Temis, 1990, págs. 25 y 26.

[17] Véase a FRANCISCO JOSÉ HERRERA JARAMILLO: "La concepción realista del derecho", en revista *Temas Jurídicos*, núm. 10, Facultad de Jurisprudencia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, págs. 71 a 76.

que compra, sino que dé lo equivalente". "[...] La justicia nunca considera si se trata de un rey o de un hombre poderoso, o si es bueno o pobre el que debe algo, sino que considera lo que es justo, es decir que devuelva al otro lo que le debe; pero en las demás virtudes hay que tener en cuenta la condición del agente"[18].

Y la justicia, según lo enseñó ARISTÓTELES, "es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino en relación con otro"; "es la mejor de las virtudes y ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos"; "es, en grado eminente la virtud perfecta, porque es el ejercicio de la virtud perfecta"; "es perfecta porque el que la posee puede practicar la virtud en relación con otro y no solo para sí mismo"; "es un bien ajeno, porque es para otro"; "[...] así entendida no es una parte de la virtud, sino toda la virtud"[19].

Puede suceder que, debido al alcance general e impersonal de la ley, la aplicación del derecho positivo a situaciones individuales genere una injusticia ostensible o protuberante que contraste con los propios fines que haya tenido en cuenta el legislador al crear las normas. O, en otros términos, que la aplicación exegética de la ley pueda traducirse en resultados extraños a lo pretendido por el legislador.

También es posible que la ley positiva, incapaz de regularlo todo, deje aparentes dudas que deban solucionarse al amparo de la justicia como del derecho o, si se quiere, como criterio prevaleciente para su aplicación.

[18] FRANCISCO DE VITORIA, *La justicia*, trad. Luis Frayle Delgado, Madrid, Tecnos, 2001, págs. 6 y 7.

[19] ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, trad. Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1994, pág. 59.

En definitiva, en la acción del derecho, en su expresión real, pueden presentarse impredecibles situaciones respecto de las cuales el simple texto de la ley positiva no sea suficiente para que reine la justicia. Y así deben tenerlo presente los jueces, a quienes con razón identifican ARISTÓTELES y Santo TOMÁS como *el derecho viviente.*

Tal es el contexto que sirve de referencia a los juristas para aludir a la *equidad*, siempre de la mano de un legado inigualable del Estagirita que el paso de lo siglos no ha podido superar: la *equidad* es expresión de *lo justo natural* y obra, y debe obrar, cuando el rigor de lo *justo legal*, de aplicarse con el simple apoyo de la norma positiva, pueda originar una injusticia contraria a lo que el legislador ha pretendido. Cómo no recordar las célebres palabras con que ARISTÓTELES definió para siempre el ámbito de *la equidad*:

"Lo que produce la dificultad es que lo equitativo es en verdad lo justo, pero no según la ley, sino que es un enderezamiento de lo justo legal. La causa de esto está en que toda le es general, pero tocante a ciertos casos no es posible promulgar correctamente una disposición en general. En los casos pues, en que de necesidad se ha de hablar en general, por más que no sea posible hacerlo correctamente, la ley toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer por ello la posibilidad de error. Y no por ello es menos recta, porque el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza del hecho concreto, porque tal es, directamente, la materia de las cosas prácticas".

"En consecuencia, cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos

absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado".

"Por tanto, lo equitativo es justo, y aun es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley. Y esta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que esta es deficiente por su carácter general"[20].

En similar sentido, Santo TOMÁS DE AQUINO, en la parte I-II de la *Suma de teología*, sentó las bases para atemperar el rigor de la ley positiva u orientar su aplicación de manera que no atente contra la justicia ni se separe del *bien común*. En la Q 96, a 6, al tratar lo relativo a *si los súbditos pueden obrar sin atenerse al espíritu de la ley* dijo El Angélico:

"[...] Sucede con frecuencia que cumplir una norma es provechoso para el bien común en la mayoría de los casos, mientras que en un caso particular es sumamente nocivo. Pero como el legislador no puede atender a todos los casos singulares, formula la ley de acuerdo con lo que acontece de ordinario, mirando a lo que es mejor para la utilidad común. En consecuencia, si surge un caso en que esta ley es dañosa para el bien común, no se debe cumplir".

"[...] Nadie es tan sabio que pueda prever todos los casos particulares, ni, por tanto, expresar suficientemente con palabras todo lo conducente al fin propuesto. Y aun suponiendo que el legislador pudiera examinar todos los casos, para evitar la confusión no convendría que la ley hiciera referencia a todos, sino solo a lo que sucede en la mayoría de ellos"[21].

[20] ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, *op. cit.*, pág 71.

[21] *Suma de teología*, I-II, Q 96, a 6, *op. cit.*

Al fin y al cabo, como dice el mismo Santo TOMÁS, *la ley no es el derecho mismo sino cierta razón del derecho*"[22].

Hasta aquí los planteamientos de estos dos grandes pensadores de la historia. Su proyección, no necesita de pruebas. Es evidente, fluye con absoluta claridad de la simple lectura de estos textos y bien puede decirse que se pone de presente en las más actuales obras de teoría y de filosofía del derecho y no siempre desde la perspectiva del iusnaturalismo.

El discurso aristotélico tomista, hay que decirlo, es absolutamente indispensable para cualquier análisis que haya de emprenderse hoy en torno al papel del juez y a la creación de derecho que permanentemente realiza a través de la interpretación de las normas. Creación a la cual se ha referido el propio KELSEN, desde la óptica de su teoría pura de sistema de normas como reino del *deber ser*. Fueron estas las palabras con que el maestro de Viena respondió, en su momento, a las equívocas interpretaciones que tergiversaron su obra:

"[...] Las teoría pura no ha sido la primera en afirmar que las cortes de justicia frecuentemente con el pretexto de interpretar el derecho existente, es decir de dilucidar su sentido mediante el conocimiento, crean nuevo derecho. La teoría pura del derecho constata solamente que la llamada interpretación de la autoridad jurídica implica siempre, con la aplicación de una norma superior, una creación del derecho y por tanto, no es función pura de conocimiento"[23].

Es de destacar, por último, que nuestra propia Carta Política acude de manera enfática a la equidad en disposiciones

[22] *Ibidem*, II-II, Q 57, a 1.

[23] HANS KELSEN, *Qué es la teoría pura del derecho*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1997, págs. 26 y 27.

como el numeral 9 del artículo 95, de acuerdo con el cual es deber de la persona y del ciudadano contribuir a la financiación de los gastos e inversiones del Estado en condiciones de "justicia y equidad". A la luz de tal precepto, el Parlamento, al aprobar leyes en materia de tributos, debe consultar la justicia. Y la Corte Constitucional, en ejercicio de su función de velar por la integridad y supremacía de la Constitución debe evaluar, cuando sea el caso, si el derecho positivo tributario es justo y equitativo, si bien para hacerlo ha de tener por supuesta la concordancia entre la norma citada y el artículo 363 de la Carta, de acuerdo con el cual el sistema tributario, como un todo, debe ser progresivo, equitativo y eficiente[24].

Esa evaluación sobre la justicia del ordenamiento no corresponde al juez, en cada caso particular, sino al Parlamento y, de darse esa eventualidad del juicio constitucional, a la Corte Constitucional, y solo es posible con fundamento en una concepción de lo justo que subyace tras las normas jurídico-tributarias.

2. El realismo norteamericano y escandinavo y el "realismo jurídico en general"

Tampoco puede limitarse el *realismo jurídico* a los planteamientos de las escuelas norteamericana y escandinava del derecho, ni identificarse simplemente con la concepción del *derecho* como lo que los jueces determinan en sus fallos. Hay reconocidos *realistas*, como Ross, y con él los juristas escan-

[24] Sobre el tema de la justicia y la progresividad de los tributos véase a Mauricio A. Plazas Vega, *El liberalismo y la teoría de los tributos*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1995.

dinavos que participan de esa corriente, que registran especial preocupación por las leyes y reglas propias del ordenamiento. Y, como anota muy bien RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, sostener que lo que identifica al *realismo jurídico* es su posición según la cual las sentencias de los tribunales son *derecho*, es tanto como afirmar que todos los autores son *realistas*[25].

Lo que verdaderamente identifica a los autores del *realismo jurídico*, es su tendencia a vincular el *derecho* a los *hechos*; esto es, a superar el *dualismo* característico de las doctrinas iusnaturalistas y positivistas[26], *dualismo* determinado por la concurrencia de un *derecho* sin dimensión fáctica, bien como expresión de la virtud de la justicia, o bien como sistema de normas, con un *derecho* relacionado con los *hechos*. El propio ALF ROSS, profesor en Copenhague y Upsala, en su obra *Hacia una ciencia realista del derecho*, describe con precisión los objetivos y el alcance del realismo jurídico:

"Esta concepción realista está decididamente en oposición al punto de vista tradicional en el continente, donde desde los días del Derecho natural y la filosofía idealista kantiana, se ha tratado de interpretar el derecho básicamente como un sistema de normas obligatorias que derivan su validez de ciertos principios *a priori* de justicia. Al mismo tiempo, resultó imposible negar la obvia dependencia que el derecho vigente tiene con el mundo de los hechos, y su resultado fue un típico dualismo: el derecho pertenece al mismo

[25] Véase a RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la filosofía del derecho contemporáneo*, Madrid, Edit. Tecnos, 1989, págs. 286 y ss.

[26] Tanto el positivismo analítico como en el sociológico, se caracterizan por ese dualismo.

tiempo al mundo de los hechos empíricos y al meta-empírico de las ideas eternas, reino de la validez.

"Esta obra *Hacia una ciencia* [...] trata de liquidar ese dualismo que, como aquí trato de demostrar, ha invadido la actual teoría del derecho en el tratamiento de sus conceptos y de sus problemas fundamentales"[27].

En términos del jurista norteamericano ROSCOE POUND, esa posición iusfilosófica trata de "estudiar el derecho desde fuera y no simplemente desde dentro", porque el *derecho* hace parte de la sociedad y en ella encuentra su sentido. Sin embargo, como más adelante se comenta, la versión norteamericana del *realismo jurídico* culminó en un extremo contrario al del positivismo analítico, pero igualmente censurable, al tomar partido por los hechos en relación con las normas y reglas de conducta.

Y esa visión del derecho desde fuera, a la luz de los hechos, no es exclusiva de los realistas norteamericanos y escandinavos. El *realismo* no comprende únicamente a los autores que tradicionalmente se citan en las obras sobre *teoría y filosofía del derecho*, sino que también es característico de obras como la de MARX, en la cual el vínculo entre lo jurídico y lo fáctico es fundamental. Para el marxismo, *el derecho es un reconocimiento del hecho*[28].

[27] Véase a ALF ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, México, Edit. Fontamara, 1993, págs. 10 a 12.

[28] Véase a MÁXIMO PACHECO, *Teoría del derecho*, ed. cit., págs. 383 a 385.

Capítulo IV

LAS ESCUELAS HISTÓRICA Y SOCIOLÓGICA DEL DERECHO Y EL REALISMO JURÍDICO. EL CONTENIDO DEL DERECHO

1. Realismo jurídico y antiformalismo

Abordar el *realismo jurídico*, y en particular el norteamericano, es una verdadera apertura intelectual que enriquece la visión de quienes participamos de un sistema jurídico romano-germánico, porque permite conocer otros criterios que trascienden el mundo puro de las normas y hacen especial énfasis en los *hechos* y en la creación dinámica y permanente del derecho por sus operadores.

Y es de suma importancia en un contexto como el que hoy caracteriza al pensamiento jurídico colombiano, orientado a la revisión del excesivo formalismo que por tantos años ha prevalecido en los fallos de los jueces y, en general, en la aplicación e interpretación del derecho. Las manifestaciones que suelen hacerse en pro del *nuevo derecho,* a que aluden las primeras páginas de este trabajo, coinciden en varios aspectos con el discurso realista.

Se trata de una concepción que, según Ross, pretende ser *monista* en el sentido de no prohijar una separación del mundo de las normas y el de los hechos ni una trascendencia de la ley natural legitimante del ordenamiento positivo.

Capítulo IV

LAS ESCUELAS HISTÓRICA Y SOCIOLÓGICA DEL DERECHO Y EL REALISMO JURÍDICO. EL CONTENIDO DEL DERECHO

1. Realismo jurídico y antiformalismo

Abordar el *realismo jurídico*, y en particular el norteamericano, es una verdadera apertura intelectual que enriquece la visión de quienes participamos de un sistema jurídico romano-germánico, porque permite conocer otros criterios que trascienden el mundo puro de las normas y hacen especial énfasis en los *hechos* y en la creación dinámica y permanente del derecho por sus operadores.

Y es de suma importancia en un contexto como el que hoy caracteriza al pensamiento jurídico colombiano, orientado a la revisión del excesivo formalismo que por tantos años ha prevalecido en los fallos de los jueces y, en general, en la aplicación e interpretación del derecho. Las manifestaciones que suelen hacerse en pro del *nuevo derecho,* a que aluden las primeras páginas de este trabajo, coinciden en varios aspectos con el discurso realista.

Se trata de una concepción que, según Ross, pretende ser *monista* en el sentido de no prohijar una separación del mundo de las normas y el de los hechos ni una trascendencia de la ley natural legitimante del ordenamiento positivo.

Desde ese punto de vista, constituye una réplica al extremo normativista del *positivismo analítico*[1], de AUSTIN y

[1] JOHN AUSTIN, el creador de la *escuela analítica*, perteneció en su juventud al círculo doctrinario conformado alrededor de JEREMÍAS BENTHAM y JAMES MILL. Su viaje a Alemania le permitió convivir con la *escuela histórica* de FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY y, como anota FELIPE GONZÁLEZ VICEN, hizo posible, en la persona de AUSTIN, el encuentro de las dos corrientes positivistas que predominaban en los inicios del siglo XIX: la *escuela histórica*, citada, y el *instrumentalismo jurídico* del utilitarista BENTHAM. En la obra de AUSTIN intitulada *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, en cuya nota preliminar GONZÁLEZ VICEN hace la referencia al encuentro de las dos corrientes, el notable pensador inglés hace especial énfasis en la comprensión de la ley como un mandato o imposición del soberano y en la noción de la jurisprudencia como orientada a establecer los principios rectores de los sistemas jurídicos. Cuando el alcance de ese análisis es meramente local o parcial, sostiene AUSTIN, la *jurisprudencia* es *particular*; cuando los principios se analizan en función de los diferentes sistemas jurídicos para hallar esas pautas extendidas universalmente, la *jurisprudencia* es *general*. Por esta razón se detiene, con especial interés, en el *derecho comparado* y en la obra que aquí se comenta, alude a algunos ejemplos de principios propios de la *jurisprudencia general*, vigentes en todos los sistemas jurídicos no porque haya una ley natural subyacente que los incluya, sino porque mediante el análisis de la jurisprudencia pueden ser establecidos: las nociones de *deber, derecho, libertad, delito, pena, resarcimiento* y sus relaciones; la distinción entre *derecho escrito o promulgado* y *derecho no escrito* o *no promulgado*; la distinción entre *derechos que pueden hacerse valer contra todos*, como el de *dominio*, y *derechos que solo se pueden ejercer respecto de ciertas personas*; la *fuente de las obligaciones*, etc. Según él mismo lo manifiesta, por *jurisprudencia general* entiende "la ciencia que expone los principios, nociones y distinciones comunes a los sistemas de derecho". AUSTIN no tuvo éxito ni reconocimiento real en vida pero posteriormente su influencia en el *derecho*

KELSEN, preocupado, de modo fundamental, por el concepto del derecho, las normas, las sanciones, los sujetos, etc., y a la *escuela eticista*, de estirpe neotomista, que condiciona la validez del derecho a la efectiva consulta de la ley natural. Del propio modo, anuncia superar los alcances de la *escuela histórica-sociológica*, preocupada por la interacción entre *derecho* y *sociedad* y los factores sociales y económicos y la *conciencia jurídica popular* que inciden en su contenido; escuela esta que halla en el *derecho* un fruto del despliegue del espíritu universal y del espíritu nacional pero que, a juicio de los *realistas*, es tan dualista como el iusnaturalismo y el positivismo. ALF ROSS pone de manifiesto en su obra esa postura del realismo como respuesta al error del dualismo tradicional:

"El punto de partida [...] es la posición de que la principal causa de error en un número de contradicciones, aparentemente inconciliables, de las modernas concepciones iusfilosóficas, es un dualismo en el concepto precientífico e

---

anglosajón fue muy importante. Hoy, los neopositivistas y partidarios de la *teoría pura del derecho* encuentran en él un valioso antecedente, si bien, con KELSEN, critican el hecho de que no hubiera tenido una concepción jurídica del Estado y del soberano y hubiera defendido una idea estática del *derecho*, limitada a las normas y a la jurisprudencia existentes pero indiferente al importantísimo aspecto de las condiciones que regulan la creación del *derecho*. El pensamiento de AUSTIN, en forma sistemática, puede observarse en su obra *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981; y particularmente la noción de *jurisprudencia general* y los *principios*, en las págs. 26 a 29. Sobre el reconocimiento del neopositivismo al aporte de AUSTIN, véase a ENRIQUE R. AFTALIÓN y JOSÉ VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1994, págs. 306 a 308.

implícito del derecho que en forma más o menos consciente ha constituido la base de las apuntadas teorías. Es el dualismo de realidad y validez en el derecho, que fructifica en una serie de antinomias de la teoría jurídica. Lo que este dualismo significa se desprenderá de sus consecuencias. Como explicación preliminar puede adelantarse que el derecho es concebido al mismo tiempo como un fenómeno susceptible de observación en el mundo de los hechos y como una norma obligatoria en el de la moral o de los valores; al mismo tiempo como algo físico y metafísico, como empírico y *a priori*, como real y como ideal, como algo que existe y algo que vale, como un fenómeno y como una proposición"[2].

2. El realismo jurídico como una de las tres corrientes que cuestionan la concepción ideal del derecho iusnaturalista o iuspositivista

Según la explicación de Bobbio, el *realismo jurídico* es, desde el punto de vista cronológico, la tercera de las corrientes que se han conformado para objetar la concepción ideal del *derecho,* propia del *iusnaturalismo* y del *positivismo.*

En síntesis, la crítica que formulan a una y otra concepciones las doctrinas preocupadas por la *eficacia* del *derecho* versa sobre el abismo que separa a la teoría de la práctica: la noción de *derecho* del *iusnaturalismo* tiene como idea fundamental de referencia la justicia ideal; y la del *positivismo analítico,* por su parte, la del conjunto de normas expedidas por quienes dominan en la sociedad.

[2] Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. de Julio Barboza, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1961, pág. 15.

Esas tres objeciones al iusnaturalismo y al iuspositivismo han sido las siguientes:

A) *La Escuela histórica del derecho*

En primer lugar, la *Escuela histórica del derecho*, desarrollada sobre las bases que dejó GUSTAVO HUGO y llevaron a su más acabada expresión sus continuadores FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY, uno de los más grandes juristas de la historia, y JORGE FEDERICO VON PUCHTA. Escuela en la cual tuvo clara proyección el romanticismo decimonónico para combatir la concepción de "un derecho válido universalmente y deducible por la razón de una naturaleza humana siempre igual". El derecho no se deduce de principios racionales, sino que su fundamento es el *espíritu del pueblo.*

La Escuela histórica expresó, en el ámbito de lo jurídico, la fuerza de la liberación alemana después del dominio y la humillación a que Napoleón Bonaparte sometió al orgullo germano del Sacro Imperio milenario. El *alma popular*, el *espíritu del pueblo*, emergió como luz del derecho para un pueblo pleno de historia y de grandeza que se entregó sin reservas al romanticismo. Muy oportuno es traer al texto los elocuentes términos con que GUSTAV RADBRUCH describe a esa fulgurante marea decimonónica del pensamiento jurídico, que representó el *romanticismo jurídico*:

"Su cabeza visible fue FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY (1779-1861). Cuando en 1814 el sentimiento patriótico de la época de la liberación pedía —después de haber arrojado en la dominación extranjera del conquistador francés— que se suprimiera también el imperio extraño del *Derecho romano* mediante un Código Civil alemán, intervino SAVIGNY glorificando el *derecho consuetudinario* y negando a su época

la vocación para la legislación. Y sin embargo, aquella época había patentizado con vigor, cabalmente un año antes, su vocación para la legislación, con el Código Penal Bávaro de 1813, el cual, durante medio siglo, constituyó la guía de la legislación positiva alemana. Fue obra de ANSELMO DE FEUERBACH (1775-1833), el cual defendió, en un magistral artículo contra SAVIGNY, la causa del derecho legislado. FEUERBACH y SAVIGNY significan para nosotros las encarnaciones, no solo de aquellas dos opiniones contrapuestas sobre la elaboración del *derecho*, sino también de las antítesis más profundas que laten por debajo de aquellas [...]. Con razón se ha referido la oposición SAVIGNY-FEUERBACH a la misma fuente que la antítesis GOETHE-SCHILLER. Hasta en las calidades de estilo se ha manifestado el parentesco entre FEUERBACH y SCHILLER y entre SAVIGNY y GOETHE"[3].

Tal fue el contexto de la obra de SAVIGNY cuya polémica se desarrolló también con THIBAUT, profesor de Hei-

[3] GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. Luis Recaséns Siches, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1930, págs. 43 y 44. Otra lúcida exposición de los aspectos básicos del romanticismo jurídico de SAVIGNY la ofrece el mismo LUIS RECASÉNS SICHES en un trabajo intitulado *El romanticismo jurídico y sociológico. Acotaciones sobre la escuela histórica del derecho*, en GIORGIO DEL VECCHIO y LUIS RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho*, vol. II, México, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1946, págs. 152 a 162. Concluye RECASÉNS en su trabajo: *el eje de toda la teoría, la afirmación de la realidad del espíritu del pueblo o alma nacional, es algo místico, inexplicado, inexplicable y contradictorio* [...]. *La admisión de una alma del pueblo es solo un capricho romántico, carente de toda justificación; es una arbitraria hipostatización, una indebida sustancialización de lo colectivo, cuya realidad no consiste en ser ni alma ni cosa substante sino en una especial forma de vida humana* (cfr. *ibidem*, págs. 162 y 163).

delberg, en torno a la tendencia napoleónica de imponer el Código Civil en los países sometidos al imperio y a la propuesta de THIBAUT de acoger un *derecho civil general* para Alemania. SAVIGNY, a manera de respuesta, habría entregado a la historia del pensamiento jurídico su explicación del derecho desde la perspectiva de la historia y la conciencia popular[4].

Y en verdad, pese a ser una obra breve y puntual, en el trabajo de SAVIGNY intitulado *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, en uno de cuyos capítulos expuso su enérgica oposición a una versión alemana del Código de Napoleón, se sintetiza lo fundamental de su concepción sobre el derecho, renuente a aceptar que la ciencia jurídica se explique a la luz de una ley natural imperceptible o del simple arbitrio del legislador. Las raíces del derecho se hallan en los usos y costumbres: son consuetudinarias. Así lo expone el ilustre pensador alemán en el capítulo I de su obra:

"... todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a los cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador"[5].

[4] CARLOS FEDERICO VON SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, trad. Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1977.

[5] *Ibidem*, pág. 48.

Tan valioso legado para la historia del pensamiento jurídico, constituyó una airada respuesta a esa pretensión de los franceses de encontrar en la ley positiva la expresión sublime de la razón. SAVIGNY no solo se opuso a la adopción de un Código Civil alemán en el corto plazo, en aras de su concepción del derecho como expresión del espíritu del pueblo, sino que prohijó un derecho real y no posible, acorde con las peculiaridades de cada pueblo; fruto de la historia común, como de la moral, el lenguaje o el arte nacionales, dinámico y no estático. El código puede ser aconsejable, por la certeza y la seguridad que entraña, pero no como creación apriorística del legislador, amparada en una voluntad ajena a la realidad social en relación con la cual han de aplicarse las normas, sino como expresión unitaria de un derecho que ya existe en el seno de la comunidad.

Ante tan encomiable alusión a la realidad, es fácil que sorprenda la decisión del irónico RUDOLPH VON IHERING de localizar a SAVIGNY en el "cielo de los conceptos jurídicos", lugar imaginario reservado a los "juristas teóricos", apartados de la realidad y "premiados", por su repugnancia a lo "práctico", con un paraíso pleno de oscuridad al cual no tiene acceso la luz del Sol y entre cuyos parajes sobresale "el salón de los conceptos".

Veamos algunos apartes del diálogo imaginario de IHERING con Psicóforo, "el guía de las almas en el cielo de los conceptos jurídicos":

—"Empiezo a temer por mi suerte. En la tierra, seguí no pocas veces más a ARNDTS que a PUCHTA. Pero SAVIGNY estará aquí, seguramente" (Habla IHERING con Psicóforo).

—"Con ese tuvimos grandes dificultades. Todavía no dominaba bien el arte de la construcción y estuvo a punto

de ser reprobado, pero por último su escrito sobre la posesión resultó decisivo para que aprobara el examen. Se sostuvo que con ese trabajo había demostrado poseer la capacidad que se exige de todo aspirante al ingreso en este recinto: la de construir un instituto jurídico con prescindencia absoluta de su valor práctico, basándose exclusivamente en las fuentes y en el concepto. En vista de eso, fuimos indulgentes. También su obra sobre La vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho gravitó a su favor por sus buenas intenciones y por el impacto que causó en sus contemporáneos. Se opinó que, de no haber mediado ese libro, las propuestas de supresión del derecho romano y su reemplazo por un código vernáculo, habrían prosperado en Alemania aun mucho antes" (Responde Psicóforo)[6].

B) *La concepción sociológica del derecho*

La *concepción sociológica del derecho*, es partidaria de reconocer el fundamental papel que cumple el juez en la labor de adaptar la ley a las condiciones concretas de la sociedad. Dentro de esta corriente sobresale la *escuela del derecho libre*, cuyo máximo representante fue HERMANN KANTOROWICKZ, autor de la *Lucha por la ciencia del derecho*, para quien el derecho libre es, en buena medida, un "derecho natural rejuvenecido"[7]. Dice al respecto KANTOROWICKZ: "Nuestro *derecho libre* es, por tanto, afín al *derecho natural*

[6] RUDOLPH VON IHERING, *Bromas y veras en la jurisprudencia*, trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, EJEA, 1974, págs. 289 y 290. El diálogo transcrito hace parte de su fantasía intitulada "En el cielo de los conceptos jurídicos".

[7] Véase EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, México, Edit. Porrúa, 42ª ed., 1995, págs. 347 a 350.

en un punto principal. No obstante, repetimos que nuestra concepción del derecho separa nuestro movimiento para siempre de la del *derecho natural.* Para nosotros que podemos recoger de los pensadores de los siglos XVII y XVIII sus ideas jurídicamente valiosas sin tener que aceptar sus errores metafísicos, para nosotros hijos del siglo XIX es el mundo un mundo en eterno cambio y desenvolvimiento y es nuestro derecho libre tan perecedero y frágil como las mismas estrellas. También en un segundo aspecto se opone nuestra concepción del *derecho* a la del *derecho natural.* La *Escuela Histórica* nos ha enseñado que todo *derecho*, por ello también el *derecho libre*, solo merece reconocimiento si es *positivo*; y que ningún *derecho* existe naturalmente sino solo y en cuanto detrás de él se encuentra un poder, una voluntad, un reconocimiento"[8].

Sus planteamientos son antirracionalistas y antiformalistas y rechazan la analogía, la interpretación extensiva y los razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales y la deducción[9]. En ese orden de ideas, y ante la insuficiencia de la ley, el juez debe cumplir una labor creadora, a tal punto que la jurisprudencia es la fuente fundamental del *derecho.* Ya no tendrá que acudir a la hermenéutica ni a la ficción porque en él se encuentra el poder más importante de creación efectiva del *derecho.* Concluye KANTOROWICKZ:

"De los escombros del tormento se levantó, horror de los cobardes, en son de triunfo la libre apreciación de la prueba,

[8] HERMANN KANTOROWICKZ, en *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Edit Losada, 1949, pág 334.

[9] HERRERA, *Filosofía del derecho*, pág. 48.

el orgullo de los tiempos actuales; de las ruinas de la dogmática surgirá, espanto de todos los confusos, la gloria del porvenir, la Creación del derecho libre"[10].

"Solo si hacemos estallar los angostos cauces de las pocas disposiciones legales, solo si la plenitud del derecho libre hace posible dar a cada caso la reglamentación adecuada, solo donde hay libertad, existe también justicia. Solo si eliminamos estériles sutilezas y colocamos en su lugar la voluntad creadora que engendra nuevos pensamientos, solo donde hay personalidad, existe también justicia. Solo si apartamos la mirada de los libros y la dirigimos hacia la vida calculando las consecuencias y las condiciones más lejanas de nuestros actos, solo donde hay *sabiduría*, existe también justicia"[11].

WERNER GOLDSCHMIDT, el destacado defensor de la concepción trialista del derecho, encontró sustento en KANTOROWICKZ para su reconocida obra intitulada *Introducción filosófica al derecho*, sobre la cual se ocupa este ensayo en el capítulo V. Los siguientes planteamientos del autor de *La lucha por la ciencia del derecho* explican, la influencia de su obra en la actualidad. "El juez no solamente está llamado a descubrir el derecho, sino incluso a crearlo. Y en esta labor creadora su última finalidad debe ser la realización de la justicia. La verdadera ciencia jurídica es antirracionalista y antidogmática. Le repugnan la analogía, la aplicación extensiva, las ficciones, los pretendidos razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales que solo valen por la individualidad de su autor y la deducción, que rechaza,

[10] Cita de MÁXIMO PACHECO, ed. cit., pág. 385.

[11] HERMANN KANTOROWICKZ, ed. cit., pág 369.

en el ámbito de la ciencia del derecho, las correcciones que acepta en el de la ciencia natural"[12].

Y naturalmente es del caso mencionar, entre los más destacados juristas que han defendido concepciones sociológicas del *derecho*, a LÉON DUGUIT, el célebre maestro de Burdeos, cuya aguda pluma cuestionó enfática y elocuentemente al formalismo jurídico y a las tesis individualistas y metafísicas sobre los *derechos subjetivos*. Contrario, como fue, a la idea del *hombre natural* y de sus *derechos naturales*, la cual consideró en extremo artificiosa e inútil, DUGUIT defendió siempre una aproximación social al *derecho* a partir de la *solidaridad* de los asociados y se negó a aceptar que el *derecho* pueda ser confundido simplemente con la ley. Veamos sus planteamientos:

"Soy de aquellos que piensan que el derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos; poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí; pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien por una exégesis sabia y sutil, se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador".

"[...] El sistema jurídico de la Declaración de los Derechos del Hombre (de 1789) y del Código de Napoleón, descansa en la concepción metafísica del derecho subjetivo. El

[12] Cita de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción...*, ed. cit., págs. 349 y 350. Según lo relata EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, el "derecho libre" adquirió enorme importancia en Alemania dentro de la concepción nacionalsocialista del derecho. Véase *ibidem*, pág. 350.

sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a los individuos y a los grupos. El sistema jurídico civilista era de orden metafísico; el nuevo sistema que se elabora es de orden realista"[13].

No parece necesario mayor esfuerzo para poner de manifiesto que el entorno social que le da sentido a lo jurídico, a la luz del pensamiento de DUGUIT, guarda plena armonía con el brillante discurso de IHERING sobre *el fin* y el *contenido* del *derecho*, que se comenta en este mismo libro.

C) *El realismo jurídico*

La tercera de las rebeliones antiformalistas está constituida por el *realismo*, cuyos planteamientos han sido incluidos en el género del positivismo sociológico con el criterio de que si bien cuestionan el normativismo analítico se resisten a aceptar verdades inmutables y reglas *a priori*, separadas de la experiencia, como las que prohíja el iusnaturalismo.

Como apunta BOBBIO, quienes registran ese especial interés por la *eficacia* del *derecho*, más que por la justicia o validez, a diferencia de los iusnaturalistas, asumen una posición *realista*. En contraste con el positivismo analítico, no son formalistas sino contenidistas y no aprecian el *derecho* como *debe ser* sino como *efectivamente es*, por medio de los fallos de jueces y tribunales[14].

[13] LÉON DUGUIT, *Las transformaciones del derecho*, trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001, págs. 171 y 174.

[14] Véase a BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ed. cit., págs. 33 a 39.

El *realismo jurídico*, sin embargo, no constituye una escuela ni una doctrina de único planteamiento. Según se ha advertido, hay diferencias notorias entre los llamados *realismo norteamericano* y *escandinavo* y en buena parte las objeciones que suelen hacérsele incurren en el equívoco de limitarse a los escritos norteamericanos, de por sí valiosos y de gran interés, y desatender obras tan destacadas como las de HAGESTROM, ROSS u OLIVECRONA. El *realismo escandinavo* pretende superar el dualismo latente en los realistas norteamericanos, pero no propone una visión tridimensional del derecho como la que se prohíja en este libro.

La posición extrema del *realismo*, de limitar el *derecho* a su *eficacia*, le ha merecido la crítica de filósofos y juristas para quienes no resulta claro diferenciar la acción misma de los jueces, de aplicar las normas en función de los hechos, de su labor inmediata como creadores del *derecho*.

BODENHEIMER pone de manifiesto el peligro que entraña una concepción como la que se comenta, según la cual debe reconocerse el poder creador del derecho que tienen los jueces. Como bien lo observa el iusfilósofo norteamericano, esa conclusión del *realismo e*s similar a la idea austiniana de un superior soberano que impone reglas y compele a su cumplimiento pero con el grave ingrediente de que ya no se trata del legislador sino del juez: "la teoría realista del derecho ha destronado al legislador de AUSTIN para colocar en su lugar al juez norteamericano, como creador soberano del derecho"[15].

Y por lo general, los cuestionamientos al *realismo* destacan que la definitiva importancia de la función de los jueces

[15] Véase a BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, ed. cit., págs. 306 y ss.

en el plano jurídico y social no puede llevar al extremo de identificar el derecho con lo que dispongan los tribunales y rendir exagerado culto a la siguiente frase del jurista HOLMES: "Lo que entiendo por derecho son las profecías de lo que van a hacer en realidad los tribunales —y no hay nada más pretencioso que esas profecías—"[16].

Es claro que los jueces, antes que administradores de justicia, son hombres, con ambiciones y metas, con cualidades y defectos y, en general, con una identidad psicológica que tiende a orientar sus acciones y, por tal motivo, no son simples "oráculos de la jurisprudencia" ni se limitan a transmitir, como autómatas, lo ordenado por el legislador. Empero, el aspecto fenoménico del derecho no tiene su única expresión en los fallos judiciales. Día a día los hombres, como observa ÉDGAR BODENHEIMER, protagonizan el derecho en acción en la intimidad de sus familias, en los contratos que celebran, en sus relaciones laborales y en sus más intrascendentes acciones. El derecho, concluye con acierto el iusfilósofo, no necesariamente ha de ser litigioso para que exista[17].

Mas esa crítica debe ser morigerada en dos sentidos: El primero, en el de advertir que varios de los excesos del *realismo norteamericano* efectivamente han sido superados por el *realismo escandinavo*; y el segundo, en el de reconocer que el *realismo* ha sido fundamental en la filosofía del derecho, a tal punto que así como la *escuela sociológica-histori-*

[16] Cfr. OLIVER WENDELL HOLMES JR., *The common law*, trad. Fernando Barrancos y Vedia, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964. Sobre esa célebre frase, que a la postre llegó a ser un paradigma del realismo jurídico, véase a BODENHEIMER, *ibidem*, págs. 358 y ss.

[17] Véase, *ibidem*, págs. 358 y 359.

ca indujo un especial interés por la *costumbre* como *fuente del derecho*, el *realismo jurídico* propició una general preocupación por esa misma función por parte de la jurisprudencia. Si alguna conclusión cabe extraer de estos comentarios, no puede ser otra que la de llamar la atención de las facultades de derecho para que insistan en la formación contextual de los estudiantes, de manera tal que adquieran conciencia de su futura función como operadores del derecho. El realismo acierta cuando denuncia la excesiva abstracción que implica el estudio del derecho desde la perspectiva inalterable del sistema de normas. El purismo en el derecho se empeña en la interioridad de las normas pero desatiende su expresión externa. He ahí el gran aporte de los realistas norteamericanos y escandinavos: cuestionan, a partir del hombre, los excesos del formalismo jurídico.

Los profesores de derecho procesal deben rendir tributo al legado de JEROME FRANK, uno de los más destacados exponentes del *realismo norteamericano*, porque su obra se concentra en la importancia del proceso y de las reglas que orientan la práctica y la valoración de las pruebas, con el propósito de permitir a los jueces una percepción de los hechos que se acerque a la realidad. A la utopía del juez mensajero de la ley, los realistas responden con el juez conocedor de los hechos. La *eficacia del derecho*, el verdadero alcance de los fallos judiciales y esa visión del derecho desde fuera, si bien admiten objeciones como las que aquí se formulan, son observaciones brillantes del *realismo jurídico* en las que los cursos de derecho procesal y probatorio pueden encontrar valioso apoyo.

Cátedras como las de *filosofía*, *sociología*, *historia de las ideas políticas*, *humanidades*, *economía*, *hacienda pú-*

blica y *psicología*, en las facultades de derecho, tienen claro sentido desde la perspectiva realista que aquí se examina.

Salvedad hecha del extremo de investir a los jueces de poder político de creación de derecho, aun a pesar de lo previsto en las normas, en particular en el *realismo norteamericano*, una concepción más amplia del *realismo*, extendida en general a quienes advierten en el derecho un reconocimiento de lo fáctico, exige que el estudio del sistema de normas tenga como sustento su contenido político, económico, sociológico o ético.

Y no es una profesión de fe *realista* como condición para que puedan defenderse esas cátedras en las Facultades de Derecho. Se trata de insistir en que el derecho tiene un contenido y los juristas no pueden ignorarlo para entregarse al fantástico mundo de las normas. Iusfilósofos que no participan del discurso *realista*, como ARTHUR KAUFFMANN, profesor en Munich, han llamado la atención a los juristas para que abandonen la autosuficiencia y el desprecio por lo fáctico y tomen conciencia del mundo fenoménico del derecho y de su contexto. Sus palabras son elocuentes:

"Infortunadamente es así entre nosotros: alguien que rompe con la unilateralidad de la analítica y la teoría de las normas y desea de nuevo ocuparse con contenidos, a menudo es objetado con polémicas mordaces"[18].

[18] En general sobre el llamado de KAUFMANN a reconocer que el derecho tiene un contenido que le da sentido y le sirve de contexto, véase su trabajo intitulado *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, trad. de Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1992. La estructura general y completa de la concepción contenidista de KAUFMANN puede apreciarse en su *Filosofía del derecho*, trad. Luis Villar Borda,

Sobre esas bases, cabe examinar, en los capítulos siguientes, las anunciadas expresiones del *realismo jurídico*: el *norteamericano* y el *escandinavo*. Una vez analizados, el camino queda abierto para el capítulo sobre la *tridimensionalidad del derecho*, a manera de síntesis dialéctica sobre el contenido del derecho.

Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999. Se trata de una obra monumental, en la cual se examina el derecho a partir de lo que el autor denomina la *tercera vía*, como sublimación o síntesis que sigue a la controversia entre *positivistas* y *iusnaturalistas*.

Capítulo V

EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

1. Aspectos generales. La realidad del derecho: diferencia entre "reglas en el papel" y "reglas efectivas"

El *realismo norteamericano* surgió a manera de respuesta contra dos corrientes de pensamiento jurídico que tuvieron reconocida influencia en el sistema anglosajón[1]:

En primer lugar, contra el *iusnaturalismo* plasmado en la Constitución norteamericana, de acuerdo con el cual el juez simplemente aplica las leyes mediante deducción pero no crea derecho. El *common law* es la más acabada expresión de esas reglas universales y eternas que conforman el *derecho natural*. Contra ese planteamiento, a manera de antecedente, la concepción sociológica norteamericana, con el célebre jurista Roscoe Pound, de Harvard, a la cabeza, hizo énfasis en la *experiencia* sobre la justificación *apriorística* de lo jurídico y advirtió que el derecho no puede ser comprendido como una mera abstracción separada de lo

[1] En este aspecto, y en general en lo que tiene que ver con el *realismo jurídico norteamericano,* esta sección del trabajo atiende los planteamientos de Luis Recaséns Siches, en sus comentarios sobre "El realismo jurídico norteamericano", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, págs. 24 a 50.

fáctico, como si las normas no tuvieran su explicación en la realidad. En su lugar, el mismo POUND, y también el ex juez BENJAMIN NATHAN CARDOZO, plantearon la necesidad de interrelacionar el derecho con las demás fuerzas sociales y dotar al juez de una formación adecuada y contextual que le permita comprenderlo verdaderamente y, sobre todo, asumir su responsabilidad como creador de normas por medio de los fallos.

En segundo lugar, contra el *formalismo* de la *escuela de la jurisprudencia analítica*, de JOHN AUSTIN, a la cual se hace referencia en páginas anteriores.

El *realismo* pretende superar esa tradicional separación entre el *ser* y el *deber ser,* para afirmar que el *derecho* tiene un *ser*, una realidad de la que debe ocuparse el investigador jurídico. Tal realidad no se encuentra en las normas ni en la doctrina, sino en la gestión de los que LLEWELLYN denomina *funcionarios* o *agentes del derecho* y, en definitiva, en los fallos de los jueces. El *derecho eficaz*, *real*, es el que se encuentra en la aplicación de las leyes y de las reglas que conforman el *derecho teórico*, o "en el papel". El *derecho*, en su realidad, no se halla en las *fuentes* legales, doctrinarias y consuetudinarias, sino en las sentencias de los jueces y tribunales, sentencias que son precedidas por la gestión de los *agentes* y *funcionarios del derecho*; vale decir, las partes en los litigios o controversias, cada una de las cuales, a su manera, somete los hechos y las reglas de derecho a la consideración del juez.

En los fallos, verdadera expresión del *derecho*, debe hacerse mayor énfasis en las reglas que efectivamente aplica el juez que en las que él afirma aplicar. La aplicación de las

reglas originarias del derecho dista, en mucho, de lo que tradicionalmente se ha sostenido: el derecho no es el conjunto de normas ajenas a su aplicación. El juez, al aplicar las normas, no obra, según el viejo silogismo de BECCARIA, como un simple instrumento para que las leyes se apliquen a los hechos en esa interrelación entre *premisa mayor normativa* y *premisa menor fáctica* en la cual el juez juega el papel de autómata o mecánico. Los hechos que el juez conoce y sobre los cuales se pronuncia no necesariamente coinciden con lo que realmente ocurrió, o al menos no en todos sus alcances, y los fallos, por consiguiente, suelen sustentarse en la llamada *verdad procesal* o *formal*.

Todas esas consideraciones llevaron a los *realistas norteamericanos* a afirmar la *realidad* del *derecho* en *lo que los jueces hacen*, más que en lo que *dicen*, y prohijar la indagación sobre las reglas, explícitas o no, que verdaderamente los conducen a fallar de determinada manera.

Al fin y al cabo, anotan, la sentencia suele orientarse por lo que el juez considera justo y solo después de esa conclusión se sustenta en reglas o normas precedentes.

En suma, el *realismo* cuestiona el silogismo beccariano y denuncia que es propio de una concepción del derecho metafísica, celestial, apartada de la experiencia humana.

Desde el punto de vista del contexto en que se desarrolló el *realismo norteamericano*, cabe destacar que tuvo su mayor acogida en la segunda y tercera décadas del siglo XX. Esto es, en los años en que hubo de afrontarse la *depresión de 1929* y que, en lo jurídico, coincidieron con los radicales cambios económicos promovidos al amparo del *new deal*, de Roosevelt.

Si bien los *realistas* lideraron un movimiento de indudable importancia en el orden jurídico norteamericano, no es menos cierto que su visión del *derecho* desde *fuera,* y no desde *dentro,* no llegó a proponer una apreciación propiamente social o general de los hechos, sino que conservó esa perspectiva individual que suele caracterizar a los llamados "fundamentos de hecho" que sirven de referencia a las controversias jurídicas. Ello permitió, al decir de BRUCE ACKERMAN, uno de sus críticos, partidario del *constructivismo jurídico*, que su postura de rechazo a la concepción jurídica precedente no implicara una ruptura de fondo con las condiciones de aplicación del derecho ni un nuevo lenguaje jurídico. En términos de ACKERMAN, al amparo del *realismo* la legislación, y la propia postura de los operadores y agentes del *derecho*, siguió siendo *reactiva* y no *intervencionista*; se orientó por la apreciación inmediata de los hechos sin atender la estructura que les sirvió de sustento y sin consultar su importancia o su relación con lo social[2].

El *realismo* no pretendió, ni pretende, ser una "escuela" de la cual dependa una *teoría general del derecho.* El mérito indudable de sus planteamientos se relaciona con la interpretación del derecho y la revisión crítica del tradicional sistema silogístico deductivo que por tantos años ha pretendido ser la luz de las sentencias judiciales; pero, en esa misma medida, sus alcances son instrumentales o metodológicos. El propio KARL LLEWELLYN, uno de sus más reconocidos exponentes, lo reconocía sin reservas: "El realismo no es una

[2] Véase a BRUCE ACKERMAN, *Del realismo al constructivismo jurídico*, trad. Juan Gabriel López Guix, Barcelona, Edic. Ariel, 1988, págs. 37 a 40.

filosofía sino una tecnología. Lo que el realismo fue, y es, consiste en un método, nada más"[3].

Finalmente, como ya se ha subrayado en esta obra, el *realismo norteamericano* ha sido censurado, con acierto, por proponer un extremo tan cuestionable como el del *positivismo analítico* del sistema de normas. Su preocupación por los *hechos*, a tal extremo que las *normas* cumplen papel secundario, deviene en una apreciación del *derecho desde fuera* que entraña un dualismo inaceptable. Por ello se llega a reconocer un excesivo poder de creación del derecho por parte de los jueces, a despecho de la seguridad jurídica, que ha merecido la crítica de numerosos juristas y filósofos entre quienes se destaca RONALD DWORKIN y su pretensión de superar los extremos *positivista* y *realista*[4]. DWORKIN, como se sabe, ha sido enfático en negar que los jueces cuenten con poder político, porque su función se concreta, en lo fundamental, en garantizar los derechos individuales y no a crearlos.

[3] Cita de JUAN R. DE PÁRAMO, en *H. A. L. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 165.

[4] Véase a RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*. Como lo anota CALSAMIGLIA en su interesante prólogo de la obra, "para todos aquellos que crean que el poder judicial está subordinado a principios superiores (sean legales, constitucionales o morales) el modelo de DWORKIN de la función judicial será atractivo". De hecho, en ausencia de normas aplicables, en "zonas de penumbra" o "casos difíciles", los jueces deben consultar los principios rectores de la conducta y no están en posibilidad de resolver los casos según su simple criterio. Véase, al respecto, el capítulo I de la obra, intitulado "La jurisprudencia", y en particular las págs. 47 a 50, de la edición citada, en las cuales el profesor de Oxford se pronuncia sobre los alcances del realismo norteamericano.

2. Principales exponentes del realismo norteamericano

A) *Las fuentes doctrinarias del realismo*

Si bien su contexto no fue el del *realismo*, los textos sobre el tema recuerdan a cuatro eminentes juristas cuya erudición e inteligencia han permitido que sus nombres perduren y, en particular, que hayan ejercido notoria influencia en el movimiento del realismo jurídico:

El profesor de Harvard y magistrado de la Suprema Corte Oliver Wendell Holmes Jr., quien en 1897, dijo: "las profecías de lo que los tribunales harán es lo que entiendo como derecho".

Holmes representa, en la historia del pensamiento jurídico norteamericano, un verdadero símbolo de sabiduría. Fue un juez brillante y agudo y, como suele ocurrir, sufrió los rigores de representar a la minoría debido a sus revolucionarias apreciaciones sobre el derecho, si bien se le reconoció como el "gran disidente" (*great dissenter*) de la Corte Suprema, corporación de la que hizo parte por más de treinta años.

Entre sus planteamientos cabe destacar, por lo que representa para el *realismo*, su apreciación crítica sobre la lógica jurídica y el supuesto método deductivo que informa la labor del juez y su exaltación de la experiencia como sustento de los fallos. La cita de los siguientes apartes de su luminosa obra *The common law*, es pertinente en este ensayo como suele serlo en todos los trabajos que aluden al ilustre juez y profesor:

"La vida real del derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia. Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones

del orden público, reconocidas o inconscientes, aun los perjuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una Nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. A fin de saber lo que es, debemos saber lo que ha sido y lo que tiende a ser. Debemos consultar alternativamente tanto la historia como las teorías jurídicas existentes. Pero la tarea más ardua consistirá en entender, en cada etapa, de qué manera ambas cosas se combinan en nuevos productos. En cualquier momento dado la substancia del derecho corresponde muy de cerca —hasta donde quepa— con lo que en ese momento se entiende por conveniente, pero su forma y mecánica, como así también el grado en el que puede llegar a producir los resultados deseados, dependen en mucho de su pasado"[5].

El resumen de las ideas del *máximo juez* norteamericano pone de manifiesto su proyección ulterior en el *realismo*:

[5] OLIVER WENDELL HOLMES JR., *The common law*, trad. Fernando Barrancos y Vedia, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, pág. 15. Otra traducción de este célebre aparte de la obra de HOLMES puede apreciarse en JORGE VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas del derecho administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996, págs. 369 y 370. Y específicamente sobre el sentido de la práctica de la abogacía, la formación de los juristas y la apreciación con reservas de toda aproximación exclusivamente lógica a los problemas jurídicos, siempre a partir de la concepción del *derecho* como una profecía sobre lo que habrán de decir los jueces en relación con el caso, véase el texto de HOLMES intitulado *La senda del derecho*, trad. Eduardo Ángel Russo, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1975.

"—Escepticismo hacia las reglas generales como medios para alcanzar decisiones particulares.

"—Valoración de la función de los factores extrajurídicos en el análisis del derecho.

"—Relativismo sobre la certeza del derecho.

"—Necesidad de conocer los factores reales de la vida jurídica, y obrar en consecuencia"[6].

BENJAMÍN CARDOZO, autor de *La naturaleza del proceso judicial y El desarrollo del derecho*, sobre quien se suele destacar la influencia que tuvo en su pensamiento la doctrina del *derecho libre*, de KANTOROWICKZ, orientó sus ideas acerca del papel de los jueces a cuestionar la exégesis y la dependencia excesiva de los *precedentes judiciales*.

JOHN CHIPMAN GRAY, por su parte, sin conformar una escuela de pensamiento separada del positivismo, planteó la necesaria distinción entre el *derecho efectivo y las fuentes del derecho* y sostuvo que el primero se encuentra realmente en las reglas sentadas por los tribunales. Como HOLMES, coincidió en cuestionar la función meramente mecánica que la doctrina tradicional le asignaba al juez.

Y ROSCOE POUND, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, de quien llegó a decirse que fue "la figura más grande en el campo del derecho y de la jurisprudencia, en el mundo de habla inglesa"[7], muerto a media-

[6] Resumen de W. W. RUMBLE transcrito en la obra de JUAN R. DE PÁRAMO, intitulada *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, ed. cit., pág. 165.

[7] Frase de ALBERT KOCOUREK, citada en el *estudio preliminar* de la obra de ROSCOE POUND, intitulada *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. José Puig Brutau, Barcelona, Edit. Ariel, 1950, pág. 1.

dos del pasado siglo y por consiguiente contemporáneo en el tiempo con el movimiento *realista*, orientador de la que él mismo denominó "jurisprudencia sociológica", dedicó sus esfuerzos a luchar contra las dos tiranías que a su juicio afectaban, y aún hoy afectan, la interpretación del derecho: la de la exégesis y el sistema deductivo en función de la norma, por una parte; y, por otra, "el fanatismo histórico romántico de la escuela de SAVIGNY y sus fantasías sobre 'el genio nacional' de cada pueblo"[8]. De manera similar al *ingeniero*, a quien se le juzga por lo que hace y no "por la forma ideal de algún plan tradicional", por lo que "efectivamente realiza" y no por "el instrumento pasivo de llevar a la realidad las fórmulas matemáticas y las leyes mecánicas de la manera eternamente señalada", el jurista, el juez y el propio legislador deben ser evaluados en función de lo que en la realidad hacen. Tal es el símil a que acude el ilustre jurista norteamericano para explicar su apreciación sociológica del derecho y decir que, como la ingeniería, "es una actividad que ha de ser considerada como un proceso, y no como un conjunto de conocimientos o como una estructura ya fijada de antemano". La jurisprudencia viene a ser, en definitiva, una *ciencia de ingeniería social* cuya apreciación ha superado el formalismo puro del *deber ser*, de acuerdo con nuevos criterios que POUND sintetiza así:

"La tarea que nos incumbe es la de estudiar el orden jurídico y no la de entablar discusión sobre la naturaleza del derecho. Pensamos en intereses, pretensiones y demandas y no en derechos subjetivos (*rights*); en lo que es necesario

[8] Cita de JORGE VÉLEZ GARCÍA, en *Los dos sistemas...*, ed. cit., pág. 374.

asegurar o satisfacer y no exclusivamente en las instituciones mediante las cuales hemos tratado de conseguirlo, como si las instituciones fueran cosas definidas que existieran por sí mismas. Pensamos en hasta qué punto logramos realizar lo que nos incumbe hacer y no simplemente en la forma como lo hacemos; pensamos en cómo opera el sistema y no en su perfección sistemática. De esta manera nos hemos habituado a pensar, cada vez más, en el orden jurídico (el proceso de la realización del derecho) y no en el derecho mismo (el cuerpo de experiencia formulada o sistema de ordenación) [...]. Semejante cambio de actitud se manifiesta entre toda clase de juristas durante el presente siglo. Puede ser sencillamente ilustrado a base de enumerar los seis puntos que más apremian en la literatura jurídica del día: *estudio de los efectos sociales que realmente se derivan de las instituciones y doctrinas jurídicas; estudio de las maneras de lograr que las reglas de derecho tengan efectividad; estudio sociológico como preparatorio de la legislación; estudio del método jurídico; una historia del derecho de base sociológica y la importancia que se reconoce a que los casos individuales puedan resolverse de una manera razonable y justa, en tanto que la última generación se contentaba con la justicia abstracta que emanaba de reglas abstractas*"[9].

B) *Los principales exponentes del realismo norteamericano y el aporte de* JEROME FRANK *al derecho procesal*

Los *realistas norteamericanos* no se limitan a reiterar las máximas de HOLMES, CARDOZO y POUND, sino que pre-

[9] ROSCOE POUND, *Las grandes tendencias...*, ed. cit., págs. 200-202.

tenden ir más allá para afirmar, como quedó anotado, que el derecho no se encuentra tanto en lo que dicen los tribunales como en lo que efectivamente hacen. Pero, en todo caso, no han perdido la huella de sus inspiradores.

Sus principales exponentes fueron JEROME FRANK, KARL N. LLEWELLYN, UNDERHILL MOORE, HERMAN OLIPHANT, WALTER COOK, CHARLES E. CLARK, WESLEY STURGES, MORRIS y FELIX COHEN.

Entre tan destacados juristas, este trabajo limita sus comentarios a la obra del magistrado JEROME FRANK, por sus aportes a lo que puede denominarse la *filosofía de los juicios o litigios*, sin perjuicio de una breve referencia a algunas ideas básicas de otros de los realistas anglosajones y, en particular, de FÉLIX COHEN y KARL NICKERSON LLEWELLIN.

Las ideas de FRANK, líder intelectual del *escepticismo sobre los hechos*, tienen clara relación con BENJAMÍN CARDOZO y se concretan en la valoración del *derecho* en función de su aplicación efectiva, de su aspecto fenoménico. El derecho que realmente existe y tiene plena vigencia, es el que se pone de manifiesto en los fallos de los jueces. No en las reglas que los jueces dicen aplicar en la sentencia, sino en las que ellos mismos, como verdaderos creadores del derecho, elaboran y atienden aun implícitamente.

Por lo anterior, y al decir del juez Holmes, cuya impronta fue definitiva para el *realismo norteamericano*, el derecho llega a ser entendido como "una profecía sobre lo que habrán de determinar los jueces"[10].

[10] No para el *realismo escandinavo*, cuyos portavoces fueron contrarios a ese planteamiento. Para confirmarlo, es oportuno traer al texto la siguiente crítica del maestro de la Universidad de Lund (Suecia), KARL OLIVECRONA: "La teoría (la del derecho como predicción de

Paradigma que KARL NICKERSON LLEWELLYN, líder del *escepticismo sobre las normas* y uno de los más destacados realistas de quien se recuerda su controversia con el decano POUND y su especial dedicación al estudio de los textos de MAX WEBER, explica así:

"Hemos descubierto que las reglas por sí solas, como meras formas de palabras, carecen de valor. Hemos aprendido que el caso concreto, la acumulación de casos concretos, la memoria presente, vital, de multitud de casos concretos, es necesaria para hacer que cualquier proposición general, ya sea una *regla de derecho* o cualquier otra, signifique algo en absoluto." "[...] El hacer algo respecto a las disputas, el hacerlo razonablemente, es el papel del derecho. Y la gente que tiene a su cargo el hacerlo son los oficiales del derecho. Lo que estos oficiales hacen con las disputas es, a mi parecer, el derecho mismo".

"[...] Las reglas, en todo esto, son importantes en la medida en que nos ayuden a ver o predecir qué harán los jueces o a hacer que los jueces hagan algo. Esta es su importancia,

---

lo que dispongan los jueces) está basada en la suposición de que las reglas jurídicas son reglas impuestas por los tribunales; por esta razón se dice que los enunciados que se refieren al derecho son profecías de los que los tribunales harán. Pero ¿qué es un tribunal? Un tribunal está constituido por uno o más jueces designados para esta función de una manera legal, por una autoridad legítima. El juez, por consiguiente, no es un Atlas que sostiene al mundo del derecho sobre sus hombros. Se encuentra situado dentro del sistema jurídico; está condicionado por otros elementos del sistema a cuyo funcionamiento contribuye en colaboración con muchos otros órganos". Cfr. KARL OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Edit. Fontamara, 1992, págs. 19 y 20.

Esta es toda su importancia, aparte de ser unos bonitos juguetes"[11].

Naturalmente, planteamientos de tal manera escépticos y peyorativos respecto del sistema de normas, dieron lugar a la crítica enfática del positivismo. Para confirmarlo, nada más apropiado que recordar los agudos términos con que HANS KELSEN se pronunció sobre el tema al comentar las ideas de Holmes sobre el *derecho* como la predicción de lo que digan los jueces en presencia de una infracción a la ley: "Independientemente del hecho de que no solo un hombre malo, esto es, uno que quiere perjudicar a otro, es el que está interesado en conocer el derecho, sino también un hombre bueno que tiene la mejor voluntad de no perjudicar a nadie (por ejemplo, tiene que saber cómo debe formularse un testamento válido), uno sólo puede asombrarse de cómo esta opinión acerca de la naturaleza del conocimiento del derecho pudo ser tomada en serio. Sólo la autoridad de que Holmes gozó como juez de la Suprema Corte puede explicar que se haya aceptado como gran sabiduría esta idea absurda de que el derecho sea objeto del conocimiento, no de la ciencia

[11] KARL N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush. On Our Law and its Study*, en FÉLIX FRANCISCO SÁNCHEZ DÍAZ, *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*, Granada, Comares, 2002, pág 197. La controversia con POUND giró, en esencia, alrededor de la crítica que el célebre Decano hizo a las tesis fundamentales del realismo y al propósito del mismo POUND y de LLEWELLYN de liderar la escuela realista. Por lo que toca con el interés por WEBER, es de recordar que LLEWELLYN estudió y fue profesor en Alemania: La impronta del ilustre sociólogo, economista y jurista germano es evidente en la obra del jurista norteamericano. Véanse, al respecto, las anotaciones biográficas de SÁNCHEZ DÍAZ, ed cit., págs. 43 a 60.

objetiva del derecho, sino de un malhechor potencial. Pero aun cuando se acepte esta idea, hay que entender el derecho como norma y no como predicción de un mal que puede sufrirse en el futuro. Si alguien se preguntara a sí mismo ¿qué haría un juez si me comportara de cierta manera, por ejemplo, matara a un ser humano o evadiera el pago de un impuesto? Entonces lo único que podría contestar es que el juez aplicaría una norma general, la cual dispone como *debida* la sanción para tal conducta, y la decisión judicial sería que el autor del crimen debe ser colgado o reducido en prisión, y el mal de la condena alcanzaría al autor del crimen solo si el juez ha establecido tal norma individual. El *derecho* es esta norma general y esta norma individual. El hecho de colgar a alguien o recluirlo en prisión es la mera ejecución del derecho. También el malhechor potencial que quiere evitar ser colgado o recluido en prisión y solamente "mira el derecho para ese efecto", solo puede comprender el derecho como norma y no como predicción. Quien predice el posible sufrimiento del mal penal no es el *derecho*, sino el malhechor potencial"[12].

Pero más allá de la réplica positivista, la identificación realista del *derecho* con lo que los jueces digan o efectivamente hagan explica, de modo ostensible, el título de la obra de JEROME FRANK que aquí se examina: *Derecho e incertidumbre.*

Naturalmente, como corresponde a un jurista del sistema de *derecho judicial*, la incertidumbre que el título anuncia puede ser parcialmente mitigada con el estudio de los pre-

[12] HANS KELSEN, *Teoría general de las normas*, trad. Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Editorial Trillas, 1994, págs. 308 y 309.

cedentes judiciales y de las características y peculiaridades de los jueces y tribunales. En la misma medida que el derecho tiene como fuente primordial los fallos judiciales, es indispensable que las universidades, y la sociedad en general, ocupen sus esfuerzos e infraestructura en la formación de juristas que tengan una concepción clara de la realidad y de sus propias condiciones psicológicas y personales, como corresponde a su trascendental labor como verdaderos "legisladores".

Acaso quien mejor presenta esa concepción de contenido del *derecho,* que identifica al realismo norteamericano, así sea desde el punto de vista metodológico y sin un ánimo intervencionista en lo social, es el profesor FELIX S. COHEN, en cuya obra intitulada *El método funcional en el derecho* pone de presente que ya no es factible entender el *derecho* a partir de conceptos y razonamientos lógicos separados de la realidad. Dice el notable representante del *realismo norteamericano*:

"Las *pautas valorativas sociales* (*social policy)* serán captadas no como un factor de emergencia en el razonamiento jurídico, sino como el campo de gravitación que da paso a cualquier regla o precedente, tanto en el campo del derecho constitucional, como en el del derecho de las marcas de fábrica o en los detalles más técnicos del procedimiento jurídico".

"En este cambio en las sendas de la investigación jurídica, va implicado un cambio en las necesidades de equipo para el estudiante de *derecho.* La familiaridad con las palabras de las opiniones judiciales del pasado y la habilidad en la manipulación de los conceptos jurídicos, no es suficiente para el estudiante que trata de entender las fuerzas sociales

que controlan la conducta judicial, ni para el abogado que intenta usar estas fuerzas".

"Los intereses creados de nuestras facultades de derecho en una ciencia jurídica *independiente*, resultan socavados por cada avance de nuestro conocimiento de los antecedentes y consecuencias sociales de la decisión judicial. En las facultades de derecho conscientes de tales progresos es cuestión de discreción admitir que la ciencia jurídica nos lleva necesariamente al campo de la psicología, la economía y la teoría política. Los cursos en nuestras facultades de derecho más progresistas están empezando a ocuparse, con suma cautela, de las doctrinas psicológicas involucradas en nuestras reglas de prueba, de las teorías sociológicas presumidas por nuestro derecho penal, de los presupuestos económicos de nuestras doctrinas de derecho constitucional, y de los hechos psicológicos, sociológicos y económicos que dan fuerza y significación a las reglas y a las decisiones en estos y en otros campos del derecho".

"[...] Para el abogado, no menos que para el estudioso del derecho, el manejo de materiales hasta ahora considerados *no jurídicos*, asume creciente importancia"[13].

Mas la incertidumbre a que alude JEROME FRANK, para volver al autor que en mayor grado interesa a esta sección del libro, no se limita a la apreciación de las normas y de los precedentes por parte de los jueces sino, de modo primordial, a su concepción sobre los hechos. Al respecto, observa que los litigios suelen tener su origen en diferencias sobre los hechos más que sobre los alcances de las normas o reglas de que se trate. El gran aporte de FRANK al pensamiento jurídico con-

[13] FÉLIX S. COHEN, *El método funcional en el derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1935, págs. 87 a 89.

temporáneo radica, precisamente, en ese énfasis en los hechos y en el *derecho probatorio* como factor primordial para procurar que el ideal de justicia tenga su expresión en las sentencias.

La citada obra del jurista norteamericano, *Derecho e incertidumbre*, se dedica, de principio a fin, a proponer ideas y mecanismos que permitan acercar en el mayor grado posible la *verdad histórica* a la *verdad formal.* En los litigios, recuerda, los abogados de las partes intervinientes tienen diferentes apreciaciones sobre los hechos y los jueces, a su turno, se forman la suya con base en la reconstrucción procesal de lo que ocurrió y la evaluación de lo que sostienen las partes.

De ahí que su interés primordial no sean tanto las normas de derecho sustancial como el proceso y que sus planteamientos, como ya se anunció en este trabajo, constituyan un valioso criterio de referencia para los jueces y los profesores de *derecho procesal.* De ahí también que a FRANK le interese la *primera instancia* del litigio, como fase primordial, en la cual queda conformado el presupuesto fáctico que ilustra a los jueces y tribunales para los fallos.

Veamos algunas de sus propuestas de reforma a los sistemas educativo y judicial:

"1. Reducir los excesos del método contradictorio actual utilizando en la conducción de los pleitos en primera instancia, mecanismos y criterios como:

"a) Hacer que el gobierno acepte mayor responsabilidad en la tarea de procurar que toda la prueba disponible e importante sea presentada en el período probatorio de un pleito civil.

"b) Lograr que los jueces de primera instancia tengan una parte más activa en el interrogatorio de los testigos.

"c) Exigir que el interrogatorio de los testigos sea más humano e inteligente.

"d) Usar expertos en 'testimonios imparciales' llamados por el juez para atestiguar sobre las falibilidades descubribles de los testigos; emplear 'detectores de mentiras con circunspección'.

"e) Descartar la mayoría de las normas sobre el rechazo de pruebas.

"f) Facilitar a los acusados en procesos penales un acceso liberal a los elementos de prueba, anterior a las audiencias.

"2. Reformar la educación jurídica acercándola mucho más a las realidades del tribunal y del bufete, principalmente por medio del uso del método de enseñanza por el aprendizaje.

"3. Suministrar y exigir una educación especial para los futuros jueces de primera instancia, incluyendo en ella una intensa autoexploración psicológica.

"4. Suministrar y exigir una formación especial para los futuros fiscales que, entre otras cosas, debería acentuar su obligación de obtener y presentar toda la prueba importante, incluso la que favorezca al acusado.

"5. Suministrar y exigir una educación especial para la policía, de modo que abandone el uso de arrancar 'confesiones' compulsivamente.

"6. Hacer que los jueces conduzcan los juicios con menos formalidad y, en general, abandonen el exceso de solemnidad.

"7. Exigir en todos los casos a los jueces la publicidad sobre la determinación de los hechos.

"[...]

"11. Reducir la formalidad de las apelaciones permitiendo que el juez inferior integre el tribunal superior cuando se considera la apelación de su sentencia, aunque sin voto [...]

"13. Enseñar a los legos a reconocer que los tribunales de primera instancia tienen más importancia que los tribunales superiores"[14].

C) *Los herederos del realismo jurídico norteamericano. Los "estudios críticos del derecho" (Critical legal studies) y el "análisis económico del derecho" (Economic analysis of law)*

Es natural que una réplica al *formalismo* amparada en tan razonables planteamientos y propuesta por tan reconocidos juristas como los que hicieron parte del *realismo norteamericano* no se quedara, sin más, en el archivo de la historia del *derecho*.

La fuerza de sus argumentos, su meritorio reconocimiento del estrecho contacto que vincula al *derecho* con la *realidad social* y su rigurosa crítica a la tradicional concepción sobre la plenitud del *derecho* y la objetividad e imparcialidad de quienes han de aplicarlo, desde la magistratura o el ejercicio de la abogacía, han servido de contexto a nuevas manifestaciones doctrinarias que contrastan con las teorías dominantes. Acaso las más reconocidas de ellas, por la autoridad de quienes las representan y la aguda y rigurosa metodología a que acuden para cuestionar los paradigmas im-

[14] JEROME FRANK, *Derecho e incertidumbre*, trad. Carlos Bidegain, Buenos Aires, Edit. Centro Editor de América Latina, 1968, págs. 138 a 140.

puestos por la tradición o por la mayoría, están constituidas por las que en su conjunto suelen denominarse, en su orden, *teorías críticas del derecho (critical legal studies)* y *teorías sobre el análisis económico del derecho* (*economic analysis of law*). Sus planteamientos son, en esencia, los siguientes:

a) *Los estudios críticos del derecho (critical legal studies).* El discurso de las *teorías críticas del derecho* se concreta en una réplica al constructivismo y al reconstructivismo y una enérgica respuesta a las pretensiones sobre la *coherencia interna del derecho* y la *neutralidad de los jueces* que descansa en los aspectos políticos, sociales y psicológicos que subyacen tras la personalidad de quienes aplican la ley.

Como con claridad lo explica César Rodríguez, las *teorías críticas del derecho* se enfrentan a las más diversas expresiones del *constructivismo* en procura de demostrar que no hay realmente una *plenitud del derecho* que permita separar, en forma absoluta, las fases de su creación y su aplicación ni hacer caso omiso de la realidad social que le da sentido al orden jurídico. Al decir de Rodríguez, se oponen a la *coherencia del derecho y su aplicación,* que proclama Richard Posner a partir de la *eficiencia*; rechazan esa misma pretensión que fluye de los planteamientos de Herbert Lionel Adolphus Hart en torno a la distinción entre *casos fáciles* y *casos difíciles*; y hacen lo propio en relación con el discurso de Ronald Dworkin sobre la *moralidad política* que informa al orden jurídico como garantía para la aludida coherencia[15].

[15] Véase a César Rodríguez, *La crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial. Estudio prelimi-*

Los *estudios críticos del derecho* hallan su origen en los años setenta, pero sus cimientos se remontan al *realismo norteamericano* de que trata este Capítulo. No constituyen una escuela monolítica y, en mayor o menor grado, se han inspirado también en el pensamiento social europeo y, en especial, en la Escuela de Frankfurt. Sus más destacados representantes son DUNCAN M. KENNEDY, ROBERTO MANGABEIRA UNGER, ROBERT W. GORDON, MORTON J. HORWITZ, MARK TUSHNET, PETER GABEL, MARK KELMAN, RICHARD ABEL, THOMAS HELLER, WILLIAM SIMON y KATHARINE A. MACKINNON[16].

Los *critical estudies* proponen una suerte de síntesis entre el *realismo* y el *marxismo* y cuestionan enfáticamente los paradigmas del *liberalismo* a partir de las contradicciones que encuentran dentro de sus postulados teóricos y, desde luego, entre lo que se afirma en abstracto y lo que ocurre en la práctica. Desde ese punto de vista son escépticos y abogan por una concepción más cercana a la *comunidad* que al *individuo*[17] en pos de superar el contraste que hay entre lo que las normas dicen y lo que la realidad evidencia.

---

nar a la obra de DUNCAN KENNEDY intitulada *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002, págs. 19 a 88.

[16] Cfr. Cornell University Law School, "Critical legal theory", en *www.topics.law.cornell.edu*, consulta de 3 de septiembre de 2008.

[17] Es de citar, al respecto, la crítica formulada por el profesor de *Filosofía del derecho* de la Universidad Pompeu Fabra, de Barcelona, ALBERT CALSAMIGLIA, en la que cuestiona en muchos aspectos los planteamientos de los *critical studies*: son escépticos pero no explican en qué consiste la importancia del escepticismo en la filosofía; son intolerantes con las corrientes de pensamiento contrarias; tergiversan al liberalismo y al marxismo; anuncian ser originales con una serie de plan-

Entre los más destacados juristas de las *teorías críticas* sobresale, sin duda, DUNCAN KENNEDY cuyos aportes a la *teoría del derecho* son invaluables y confirman la imperiosa necesidad de procurar una formación de los juristas que trascienda el frío e incompleto panorama del sistema de normas para comprender, además, la sociología, la economía, la política y, en general, el contexto en relación con el cual se estructura el *derecho* [...]. El ilustre profesor de la Universidad de Harvard no solo ha reconocido expresamente su deuda con el *realismo jurídico norteamericano,* sino que así lo confirma en sus planteamientos sobre la función judicial. Veamos algunos de ellos:

"Trabajar en procura de un resultado, a mi parecer, hace parte esencial de la situación de un juez. No se trata de ser libre ni de estar maniatado. O, quizá mejor, se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección en que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar".

"[...] El razonamiento jurídico es un tipo de trabajo que tiene un propósito y aquí el propósito es hacer que el caso se resuelva tal y como mi sentido de la justicia me dice que debe resolverse a pesar de todo aquello que en primera instancia

---

teamientos que ya otros han sostenido en el pasado, como es el caso de KARL SCHMITT; se ocupan más de destruir que de construir; y si bien se esfuerzan en poner de manifiesto el descontento que generan en el mundo contemporáneo la sociedad y el derecho, no ofrecen soluciones ni modelos alternativos de ninguna clase. Cfr. ALBERT CALSAMIGLIA, "La retórica de critical legal studies. Impresiones de un lector español", en *www.cervantesvirtual.com*, consulta del 3 de septiembre de 2008.

pueda parecerme como *resistencia* u *oposición* que la ley ejerce"[18].

También es de mencionar aquí al destacado jurista brasilero ROBERTO MANGABEIRA UNGER, profesor de la Universidad de Harvard y Ministro de Asuntos Estratégicos de Brasil durante el segundo período presidencial de Lula Da Silva. Según él mismo lo pone de presente, su pensamiento es de *izquierda*, pero no desde la perspectiva del marxismo tradicional sino desde la óptica de esa síntesis entre el *realismo jurídico* y el *neomarxismo de Frankfurt* que caracteriza a los integrantes del *critical legal studies movement*. Síntesis que, en definitiva, se ha traducido en iniciativas concretas de reforma social en procura de la *redistribución de la riqueza*, la armonía entre las *reformas financieras* y los *sistemas productivos* y la lucha contra el *desequilibrio estructural* entre *países industrializados* y *países en desarrollo*, que impera en el orden internacional[19].

b) *El análisis económico del derecho (Economic analysis of law).* El *análisis económico del derecho* pretende una aplicación, en el orden jurídico en general, de categorías y conceptos económicos que permitan evaluar la *eficiencia* y la *eficacia*, y en algunas de sus versiones la *equidad* y la *justicia*, del ordenamiento, las instituciones y los negocios jurídicos.

[18] DUNCAN KENNEDY, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, ed. cit., 2002, págs. 107 y 119.

[19] Por su estrecha relación con la temática de que aquí se trata y porque constituye un indudable texto de referencia sobre esa síntesis de *realismo* y *neomarxismo*, que aquí se comenta, es de citar la obra de ROBERTO MANGABEIRA UNGER intitulada *The critical legal studies movement*, Harvard University Press, 1986.

Según lo puntualiza RICHARD POSNER, en la génesis de estos planteamientos se encuentran, por una parte, GUIDO CALABRESI y RONALD COASE, con sus puntos de vista sobre los *cuasidelitos* y los *costos de transacción* y, por otra, GARY BECKER, con sus apreciaciones sobre la relevancia de la economía para numerosos comportamientos ajenos al mercado (*v. gr.*, la caridad, el amor y la adicción), sobre el *costo social* del *comportamiento criminal*[20] y sobre la procedencia del *análisis económico del derecho* en áreas y materias que no cubrieron los estudios de CALABRESI y de COASE[21].

[20] Véase, al respecto, a MAURICIO RUBIO, *Economía jurídica: introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007; FERNANDO JESÚS TORRES MANRIQUE, "Análisis económico del derecho", en *www.monografias.com*, consulta de 11 de marzo 2009 y a JUAN TRUJILLO CABRERA "Análisis económico del derecho", en *www.redsociojuridica.org*, consulta de 20 de febrero 2009.

[21] Cfr. RICHARD A. POSNER, *El análisis económico del derecho*, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, págs. 55 y 56. Sobre la génesis del *análisis económico del derecho*, NICHOLAS MERCURO y STEVEN G. MEDEMA, profesores en Michigan y Colorado, en su obra intitulada *Economics and the law* (Princenton University Press, Princenton, 1997) aluden a cuatro escuelas del pensamiento norteamericano que tienen que ver con las relaciones entre el *derecho* y la *economía (Law and economics)*; escuelas para cuya referencia en esta nota de pie de página se ha atendido la afortunada síntesis propuesta por MAURICIO RUBIO en *Economía jurídica... op. cit.*, págs. 21 a 32.: La *Escuela de Chicago*, la *Escuela de New Haven*, el *institucionalismo* y el *neoinstitucionalismo*. La *Escuela de Chicago*, desde la perspectiva del *derecho de propiedad*, la *responsabilidad civil*, los *costos de transacción* y el fundamental objetivo neoclásico de la maximización de los beneficios de las empresas y, en lo pertinente, del *derecho*; la

En Italia, al decir de FRANCESCO FORTE, el fundador y gestor de una forma de *análisis económico del derecho* rela-

Escuela de New Haven, desde la óptica del *análisis de las políticas públicas* y la *elección social*, a partir de consideraciones que no se limitan a la *eficiencia* y la *eficacia* sino que tienen en cuenta, además, la *justicia* y la *equidad*; el *institucionalismo*, con sus puntos de vista sobre la relación entre el *derecho* y la realidad y la *acción colectiva* y la *acción individual* y sobre la necesidad de apreciaciones interdisciplinarias basadas en la psicología, la sociología, la antropología, el derecho y, por supuesto, la economía, como referentes para comprender las acciones humanas; y el *neoinstitucionalismo*, con DOUGLAS NORTH a la cabeza, desde la perspectiva de un *sendero institucional* que permita establecer los intereses dominantes y la relación entre las organizaciones y las *instituciones*. GUIDO CALABRESI, por su parte, alude a tres generaciones del *análisis económico del derecho*, a saber: la *primera generación*, típica de los primeros aportes de RONALD COASE y del propio CALABRESI, aborda el derecho desde la perspectiva de los hechos materia de interpretación que generan inquietud o perplejidad en el economista porque no es posible comprender el fenómeno jurídico, en cuanto tal, en clave económica exclusivamente y porque, en definitiva, lo que se impone es el apoyo recíproco de la economía y del derecho; la *segunda generación,* la representan POSNER y el mismo CALABRESI y ha defendido la aplicación al *derecho* de las reglas y métodos de la *economía,* con miras a que las normas se interpreten con un criterio de *eficiencia* que coadyuve al *bienestar colectivo,* con lo cual el *derecho* adquiere la connotación de un *objeto pasivo* de estudio y la *economía* juega un papel dominante; y la *tercera generación* conserva, esa tendencia al dominio de la *economía* pero a partir de criterios de referencia más sofisticados, como los que ofrecen la *teoría de los juegos*, la *teoría de señales* o la *teoría de los comportamientos*. Cfr. GUIDO CALABRESI, "Cosa é l'analisi economica del diritto", en *Rivista de Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, año LXVI, número 3, Milán, Dott. A. Giuffrè, septiembre de 2007, págs. 843 a 847.

cionada específicamente con la *Hacienda pública* fue BENVENUTO GRIZIOTTI, con su tesis sobre la formación interdisciplinaria de los *hacendistas* a la luz de la cual en una misma Facultad, dedicada a la *ciencia de la hacienda pública* y al *derecho de la hacienda pública* (o según la terminología imperante en Italia a la *ciencia de las finanzas públicas* y al *derecho financiero*), pueden formarse indistintamente economistas y juristas. GRIZIOTTI, maestro de singular trascendencia de la Universidad de Pavía durante la primera mitad del siglo pasado, orientó su análisis económico del *derecho financiero* al intervencionismo de Estado y sostuvo que la naturaleza de la actividad financiera pública, y con ella de la ciencia que de ella se ocupa, es política. Todo ello en contraste con las tesis de LUIGI EIUNAUDI, maestro de GRIZIOTTI, y ANTONIO DE VITTI DE MARCO, defensores de un Estado no interventor y partícipes de la idea según la cual la naturaleza de la actividad financiera del ente público es económica[22].

Hoy, esa misma temática del *análisis económico del derecho* desde la perspectiva del *derecho de la hacienda pública* la aborda con rigor el profesor ANDREA AMATUCCI,

[22] La propuesta de una formación interdisciplinaria de economistas y juristas, del Maestro italiano, conocida como *tesis integralista* o *sincrética,* indudablemente es extrema y ha sido materia de crítica por economistas y juristas, en pos de su formación autónoma, como bien lo pone de presente FORTE, quien fuera discípulo de GRIZIOTTI. Cfr. FRANCESCO FORTE, "Il contributo seminale di Benvenuto Griziotti all'analisi economica del diritto", en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle finanze*, año LXV, número 3, Milán, Dott A. Giuffrè, septiembre de 2006, págs 435 a 448. Sobre el particular, remito al lector a la *nota del autor* de mi libro intitulado *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, vol. I.

de la Universidad Federico II de Nápoles, pero con un sentido crítico que de una parte cuestiona los extremos del *realismo americano* y, de otra, pone de manifiesto la importancia que puede representar la metodología del análisis económico para el *derecho de la hacienda pública* en general y para el *derecho tributario en particular*. Nada de lo cual impide advertir, en todo caso, que, como bien lo puntualiza AMATUCCI, ese marcado interés por abordar el *derecho* sin ignorar sus fines y sin desatender sus ostensibles vínculos con la economía, en especial en ramas del derecho tan importantes como el *derecho de la hacienda pública* y el *derecho tributario*, siempre ha estado presente en el pensamiento financiero meridional, antes y después de la marea norteamericana del *análisis económico del derecho*. Los juristas, a juicio del maestro italiano, no renuncian a su condición de tales por el hecho de considerar el contenido económico y social del *derecho*. No pueden recibir la misma formación de los economistas, porque no es esa su vocación profesional,, pero siempre deben ser conscientes de los fines del *derecho*[23].

A diferencia de los *estudios críticos del derecho*, los cuales orientan buena parte de sus consideraciones al poder de los jueces y su papel en la creación del derecho, el *análisis económico del derecho* se propone evaluar los costos e implicaciones económicas de los casos prácticos y la eficiencia

[23] Cfr. ANDREA AMATUCCI, *Il contributo dell'economic analysis of law alla metodologia del diritto tributario*, obra inédita que hará parte de un libro en honor del profesor ENRICO DE MITA y de la *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*. El juicioso estudio del profesor de Nápoles enfatiza en el origen y la evolución del *economic analysis of law* y en el indudable vínculo que une al *derecho de la hacienda pública* y al *derecho tributario* con la *Ciencia de las finanzas públicas*.

de las instituciones jurídicas de la mano de la metodología económica. Aspectos tales como el costo del cumplimiento o incumplimiento de los contratos, la mediación de las normas para estimular ciertas conductas o las externalidades que interfieren en las actividades humanas o negocios jurídicos, son típicos de los estudios que realizan quienes participan de sus ideas básicas. Lo cual no ha sido óbice para que los partícipes y analistas de esta corriente del pensamiento jurídico económico adviertan que el *análisis económico del derecho* puede obrar como instrumento para la *interpretación* y *aplicación* del *derecho* o como metodología de investigación[24].

El círculo académico en que ha tenido su génesis y su mayor desarrollo la concepción en estudio es la Universidad de Chicago, con la impronta de la London School of Economics. Su proyección temporal, por su parte, se remonta a la década de los sesenta del pasado siglo.

Su preocupación central está constituida por las relaciones entre el *derecho* y la *economía,* tanto en lo que toca con la creación del *derecho* legislado como en lo que atañe a su interpretación y aplicación por parte de los jueces y abogados. No propone planteamientos propios de la *filosofía* ni de la *teoría del derecho,* sino que aboga por la transposición, al discurso y a la hermenéutica jurídicos, de los paradigmas y conceptos que sirven de referencia a la *economía*, en

[24] En tal sentido véase, por ejemplo, a FERNANDO JESÚS TORRES MANRIQUE, *Análisis económico del derecho*, en *www.monografias.com*, consulta de 15 de junio 2009. Como bien lo puntualiza TORRES MANRIQUE, es indudable que entre el *derecho* y la *economía* hay una estrecha relación que los juristas no pueden ignorar ni con motivo de la aplicación e interpretación de las normas ni con ocasión de las investigaciones que realicen.

general, y a la *microeconomía,* en particular, para racionalizar la conducta del hombre en procura del máximo bienestar. En este sentido, es frecuente su apelación a las tesis de BENTHAM sobre la *máxima utilidad para el mayor número* y a las de JOHN STUART MILL sobre la máxima libertad posible y, en especial, la *libertad de opinión*[25]. Por esa vía, su coincidencia con el instrumentalismo jurídico y los planteamientos que giran alrededor de lo *fines del derecho es notoria.*

El más reconocido de sus representantes es hoy el eminente jurista neoyorquino RICHARD ALLEN POSNER, profesor de la Universidad de Chicago y Juez ante la Corte de Apelaciones, entre cuya prolija obra, por lo que toca con la Escuela en comentario, sobresale la intitulada *El análisis económico del derecho,* que cuenta con seis ediciones en lengua inglesa y dos en lengua española. En ella, aborda lo relacionado con el *derecho de propiedad*, los *contratos, el derecho de familia,* el *régimen sobre monopolios*, el *derecho corporativo*, el *derecho procesal*, el *derecho constitucional* y el *derecho financiero público,* llamado también *derecho de la hacienda pública.* Veamos, en sus propias palabras, la marca o signo distintivo del *análisis económico del derecho,* que defiende y expone con singular rigor: "la aplicación del análisis económico del derecho al sistema legal en su conjunto: a campos como el derecho común, como los cuasidelitos, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría la práctica del castigo; al proceso civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la aplicación de la ley y la administración judicial, e incluso al derecho constitucional,

[25] Sobre la influencia de BENTHAM y de MILL en el *análisis económico del derecho*, véase a CARLA FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea,* Roma-Bari, Laterza, 2003, págs. 40 a 42.

el derecho primitivo, el derecho del almirantazgo, el derecho familiar y la jurisprudencia"[26].

Mención especial, por su indudable pertinencia para los análisis que suelen hacerse tanto en los países industrializados como en los países en vía de desarrollo acerca de la estructura justa y eficiente de la *hacienda pública,* merece la quinta parte de la obra, que lleva por título *El derecho y la distribución del ingreso y la riqueza*; parte integrada por los capítulos XVI, XVII y XVIII que tratan, en su orden, de los siguientes temas: *Las desigualdades del ingreso, la justicia distributiva y la pobreza*; *La tributación* y *La transmisión de la riqueza con la muerte*. En particular en materia tributaria, el objetivo de la *maximización* de los beneficios derivados del *derecho* lo examina POSNER a partir de una crítica de la tradicional justificación de las alícuotas progresivas al amparo de la *ley de la utilidad marginal decreciente* y una declarada tendencia a proponer otros medios redistributivos más eficientes[27].

Naturalmente, los enunciados puntos de vista sobre las relaciones entre el *derecho* y la *economía* pueden ser suscep-

[26] Cfr. POSNER, *op. cit.*, pág. 55.

[27] Cfr. *ibidem*, págs. 713 a 800. Planteamientos que necesariamente invitan a conocer también los puntos de vista de quienes se han dedicado a estudiar la estrecha relación que hay entre el *Derecho financiero* (o *de la hacienda pública*) y la *ciencia de las finanzas públicas* (o *Ciencia de la hacienda pública*), temática esta que ha tenido un singular desarrollo en la Italia meridional y en la Escuela Napolitana en particular. Al respecto, el lector puede consultar la segunda edición, en lengua española, de la obra de ANDREA AMATUCCI intitulada *El ordenamiento jurídico de la hacienda pública*, Bogotá, Edit. Temis, 2008 y los volúmenes I y II de mi libro intitulado *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, Bogotá, Edit. Temis, 2006 y 2005, en su orden.

tibles de reparos, en especial en lo que toca con la transposición, al análisis jurídico y constitucional, de conceptos y paradigmas típicos de la *microeconomía,* muchos de ellos de estirpe neoclásica, y la ostensible prioridad que los representantes del *análisis económico del derecho* le reconocen a la *eficiencia*, a tal punto que los *valores prenormativos*, tan importantes como son para la formación de los juristas y la aplicación del *derecho,* o quedan en un segundo plano o simplemente se ignoran por completo en aras de la relación *costo-beneficio*.

Pero lo que no se puede desconocer es el valioso aporte del *análisis económico del derecho* en lo que tiene que ver con la relación estrecha e inseparable que hay entre el *derecho* y la *realidad* que le da sentido y que impone y requiere su vigencia. Hay ramas y especialidades del derecho cuya relación con la economía es indudable y que, por tal razón, comprometen a los juristas que las ejerzan con una profunda formación de contenido, que puede encontrar en todos estos planteamientos importantes criterios de referencia. Piénsese, por ejemplo, en el *derecho de la hacienda pública*, el *derecho tributario*, el *derecho financiero privado*, el *derecho de la competencia,* el *derecho monetario* o el propio *derecho constitucional.* Y aun en relación con otras especialidades cuyo vínculo con la economía no es tan evidente, como ocurre con el *derecho de familia* o el *derecho procesal*, ese esfuerzo de los exponentes del *análisis económico del derecho* por acercar lo jurídico a la realidad, como lo demuestra con creces RICHARD A. POSNER en su obra, ha generado y generará frutos de valor impredecible en el entorno de la réplica al formalismo y al purismo, que hoy impera.

D) *Epílogo sobre el realismo jurídico norteamericano*

Ya se ha hecho énfasis en este trabajo sobre la debilidad que suele atribuirse al *realismo norteamericano*, cual es la de llegar al extremo de identificar el derecho con su efectividad, con su aplicación práctica. Irremediablemente, como lo ha advertido el *realismo escandinavo*, sus planteamientos llevan implícito el germen de su negación, porque así le corresponda al juez resolver los litigios y de su personalidad dependan los alcances del fallo, no es menos cierto que, como el propio FRANK lo reconoce, su pronunciamiento correlaciona los hechos que reconstruye con las normas jurídicas o precedentes judiciales de referencia. Su concepción del derecho como la predicción de lo que hagan los jueces en sus sentencias, ha dado lugar a fundadas críticas, porque es indudable que los pronunciamientos judiciales, sin perjuicio de la labor de interpretación a que haya lugar, tienen como referencia las normas y precedentes judiciales y los hechos[28].

A lo cual cabe agregar que tan amplios poderes como los que reclama en favor de la creación del derecho por los jueces, no solo han sido cuestionados por los propios pensadores norteamericanos (p. ej. RONALD DWORKIN) sino que, más allá de su proyección en otros sistemas jurídicos, la cual no se puede desconocer, tienen un contexto muy especial que les dan sentido: la sociedad norteamericana, caracterizada

[28] Esa identificación del derecho con lo que efectivamente hacen los jueces en sus fallos ha sido uno de los temas centrales de las objeciones de H. L. A. HART al realismo norteamericano. Véanse, al respecto, los comentarios de JUAN R. DE PÁRAMO en torno a la posición hartiana sobre la "teoría predictiva" del realismo, en *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, ed. cit., págs. 170 a 173.

por una alta e influyente posición de los jueces amparada en un amplio reconocimiento popular y en muchos años de historia, siempre regida por un profundo respeto por su labor y por la aceptación de su preponderancia sobre las restantes ramas del poder público.

No obstante, sería ingenuo y necio desconocer el mérito del discurso realista y sus indudables aportes a la ciencia del derecho en todo el mundo. Los apartes de la obra de FRANK que aquí se comentan y sus acertadas observaciones sobre la importancia de los hechos y el papel de la primera instancia en los litigios, son clara expresión de ese aporte, como lo son, en general, las reflexiones sobre lo que verdaderamente es el derecho y su lucha frontal contra el normativismo. Y los nuevos aires que el *realismo* ha tomado con las obras y planteamientos de las *teorías críticas del derecho* (*critical legal studies*) y del *análisis económico del derecho (economic analysis of law*), ejemplos de las cuales son las de DUNCAN MORROW KENNEDY, ROBERTO MANGABEIRA UNGER y RICHARD ALLEN POSNER, que aquí se comentan, coadyuvan, en grado sumo, para reivindicar la importancia y la necesidad de su estudio, más allá de las posiciones que se asuman sobre sus conclusiones.

Se ha dicho que el *realismo jurídico* solo puede explicarse a la luz de un sistema de derecho judicial y no tiene cabida en un régimen de derecho legislado. Empero, tan simple afirmación no repara en que también en los sistemas de derecho judicial los jueces deben obrar según reglas preexistentes, materializadas en los precedentes judiciales que tengan la condición de *casos vinculantes* o en las leyes que gobiernen determinados actos o instituciones. En la versión anglosajona del *common law*, con una organización jerárquica que aún

en nuestros días gira alrededor de los precedentes judiciales, los jueces inferiores deben acatar y seguir los precedentes judiciales legados por sus superiores, e incluso los tribunales de la misma categoría están sujetos a los precedentes sentados por ellos mismos; y unos y otros, naturalmente, deben acatar las leyes escritas que rijan para el caso. En la versión norteamericana, por su parte, no solo se impone la sujeción a los precedentes, sino que en no pocos Estados de la Unión ha adquirido particular importancia la legislación escrita. A lo cual cabe agregar, con MARIO LOSANO, que los sistemas de derecho anglosajón y continental transitan caminos de encuentro cuya visibilidad es notoria: en el ámbito del *common law*, aumenta la importancia de la ley escrita; en el del *derecho continental*, se reconoce un papel de los jueces más creativo y menos mecánico[29].

En el derecho judicial, como en el legal, los jueces deben pronunciarse sobre hechos que no siempre coinciden con los que antaño fueron definidos por sentencias y que, por consiguiente, no son susceptibles de encuadrar, en forma automática, en *precedentes judiciales* definitorios de los alcances de futuros fallos. Por lo general, el juez, quiérase o no, debe efectuar un análisis de los hechos y orientar con su buen sentido las decisiones a su cargo, aunque él mismo, o sus colegas, ya se hayan pronunciado con anterioridad sobre asuntos similares[30].

[29] Véase al respecto a MARIO G. LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Edit. Debate, 1993, págs. 166 a 185.

[30] Véase al respecto a PHILIP JAMES, *Introducción al derecho inglés*, trad. Jesús Torres García, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1996, págs. 13 a 18.

Aún más, desde la propia perspectiva de un positivismo renovado, como el de HART, se aprecia un especial reconocimiento a la crítica realista a la fantasía del silogismo judicial y se prohíja una nueva concepción, más abierta, de la labor del juez. Basta recordar, al respecto, los planteamientos del destacado jurista y profesor de Oxford sobre la función de los jueces en las "zonas de penumbra" y observar que para los realistas, dada su concepción escéptica sobre las normas y la apreciación de los hechos, los operadores y agentes del derecho siempre estarán en "zona de penumbra".

Mal se puede desconocer, por último, la aguda y rigurosa invitación que hacen a los juristas los integrantes del *Critical legal studies movement* en procura de reflexiones sociales y económicas que conlleven verdaderas reformas dirigidas a la redistribución y la justicia, como respuesta necesaria y urgente contra el contexto de pobreza y exclusión social que agobia al mundo entero y, en especial, a los países en vías de desarrollo. Como no se pueden ignorar los puntos de vista del *análisis económico del derecho* en torno al incuestionable vínculo que hay, y debe haber, entre la *economía* y el *derecho*, más allá del sistema de derecho judicial o legislado que impere en cada país[31]. Estas nuevas expresiones del *realismo norteamericano*, sin la menor duda, enriquecen al pensamiento jurídico contemporáneo y coadyuvan, con gran rigor, para que los juristas del presente no nos alienemos en el mundo perfecto, pero unidimensional e incompleto, del sistema de normas.

[31] Bien coinciden, al respecto, GUIDO CALABRESI y RICHARD POSNER al enfatizar en que la metodología del *análisis económico del derecho* puede ser de especial interés para los sistemas de *derecho legislado* y de tradición romano germánica. CALABRESI ha puntualizado, al respecto,

que el *análisis económico del derecho* puede contribuir, muy eficazmente, en la configuración de la ley positiva (cfr. CALABRESI, *Cosa é l'analisi economica del diritto*, *op. cit.*, págs. 843 y 844). POSNER, por su parte, ha puesto de presente que tanto en el sistema del *derecho judicial* como en el del *derecho legislado* el objetivo de la *eficiencia*, que procura el *análisis económico del derecho*, es de especial importancia y ha enfatizado en que una metodología como la que le es propia puede ser muy útil para la configuración de los ordenamientos jurídicos de los *países en vías de desarrollo*. Cfr. RICHARD POSNER, "El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano germánico y en los países en vías de desarrollo", trad. Enrique Pasquel R., en *Revista de Economía y Derecho*, vol. 2, número 7, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2005, págs. 1 a 15, en Internet, ver *www.upc.edu.pe*.

Capítulo VI

EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

Entre sus más destacados representantes cabe citar a Alex Hagestrom, Alf Ross y Karl Olivecrona. Examinaremos, a continuación, los planteamientos de los dos últimos autores citados. Veamos:

1. El realismo de Alf Ross: "la ideología normativa de los jueces"

Según lo expone Ross, el punto de mira del *realismo escandinavo* es cuestionar las doctrinas que prohíjan separaciones insalvables entre la *validez* y la *realidad* y proponen dualismos inconcebibles o un monismo irrelevante para el *derecho*.

En primer lugar, el *realismo escandinavo* se opone a las escuelas que consideran al derecho como un puro *sein* (*realidad*) y llegan al extremo de hacer caso omiso de la normativa, con el triste resultado de no poder diferenciar la conducta social que es derecho, de toda otra conducta social. Tal es el caso del *realismo norteamericano*, cuyo equívoco radica en haber pretendido superar el *dualismo* entre *validez* y *realidad* desde la perspectiva exclusiva de la *realidad* y sin considerar el papel definitivo de las normas. El cuestionamiento de Ross al *realismo norteamericano* no deja dudas:

"El camino entonces no es evadir el dualismo eligiendo uno de sus componentes (en este caso la realidad), sino superar el dualismo al mostrar que, debidamente interpretado, no es expresión de puntos de vista opuestos e irreconciliables, sino que simboliza elementos diferentes y reales del fenómeno jurídico"[1].

En segundo lugar, se enfrenta a las escuelas que consideran al *derecho* como puro *sollen* (*deber ser*), en las cuales se prescinde de cualquier ideología y se afirma el mundo de las normas, como ocurre con la *Escuela de Viena.* Su error, a juicio del profesor Ross, radica en que no procuran una síntesis de *razón* y *materia, valor* y *realidad*, a la manera de la metafísica hegeliana.

"KELSEN, anota Ross, determina el derecho como pura validez, *sollen*. Con esto no quiere él decir que el derecho es una validez racional a priori; KELSEN es un positivista definido. Al mismo tiempo, como el derecho es colocado enteramente en la categoría de *sollen*, este es privado de todo contenido *a priori* y se transforma meramente en una forma categórica, o modo de pensar completamente vacío en sí mismo"[2].

Esos dos cuestionamientos sirven de contexto a la propuesta de Ross, la cual se concreta en una sublimación de los dos extremos. A la manera de la nueva afirmación hegeliana que conserva, superándolas, la inmediatez y la mediación, el *realismo escandinavo* que aquí se comenta reconoce la importancia definitiva de las normas y de la realidad en una correlación sin la cual no puede concebirse el derecho. Los dos

[1] ALF ROSS, *Hacia una ciencia...*, ed. cit., págs. 17 y 18.

[2] *Ibidem*, pág. 46.

extremos del dualismo, la *validez* y la *realidad*, hallan en el *realismo* de Ross su superación dialéctica en la nueva afirmación monista de la unidad de *validez* y *realidad*.

La adopción entusiasta de la síntesis hegeliana de "sujeto-objeto", "razón y materia", es expresa en la obra de Ross:

"La referencia a la realidad histórica, por consiguiente, solo adquiere algún significado si presumimos con HEGEL, que es en sí misma una síntesis de valor y realidad, razón y materia"[3].

He ahí la esencia de su pensamiento, a manera de preámbulo para comentar, a continuación, dos de los principales planteamientos de Ross.

A) *El "derecho vigente" como base de un monismo que supera el dualismo del iusnaturalismo neotomista y del positivismo*

La concepción del *derecho vigente* tiene dos aspectos de interés:

En primer lugar, la correlación de las *normas* y los *hechos*, sobre la base de reconocer que las normas son, en definitiva, la interpretación legislativa de los hechos sociales y los hechos, a su vez, representan el contexto del *derecho en acción*.

En segundo lugar, la definición de la *vigencia* del *derecho* en la medida de su *aplicación*; vigencia que, por consiguiente, tiene una directa vinculación con la labor de los jueces a quienes compete seleccionar la norma que corresponde al caso.

[3] *Ibidem*, pág. 50.

Para el maestro de Upsala no es admisible la idea de un *derecho universal* y lógicamente *válido* e *inmutable*, ni tiene sentido dedicar esfuerzos al estudio del *derecho in genere*. Lo que en verdad interesa, a su juicio, es el *derecho nacional vigente*, derecho integrado por "reglas concernientes al ejercicio de la fuerza", que intimiden e impongan determinadas conductas, y "reglas de competencia" que definan cuáles son las autoridades habilitadas para aplicar las normas de conducta.

De cualquier manera, es condición definitoria del *derecho* su acatamiento por los asociados, en dos formas bien distintas que coinciden con la diferente función que cumplen los miembros de la sociedad: los *jueces* obedecen, acatan y aplican el *derecho* en forma desinteresada y por un sentimiento de *deber* muy profundo. Los individuos lo hacen en forma *relativamente desinteresada*, porque si bien el acatamiento de las normas adquiere con el tiempo el respaldo de la tradición, en un principio es fruto de la coacción y del temor a las sanciones[4].

En definitiva, el propio Ross se opone a la interpretación del derecho como *proposición* y de la ciencia del derecho como *dogmatismo* para concluir:

"En última instancia la ciencia del derecho es una *doctrina relativa al hombre*, al hombre como centro de acción en un cierto sistema de relaciones sociales, y no se refiere meramente a un sistema de proposiciones"[5].

[4] Véase a ELISA A. MÉNDEZ, "El realismo jurídico de Alf Ross", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XXV, págs. 14 y ss.

[5] ALF ROSS, *Hacia una ciencia...*, ed. cit., pág. 35.

B) *Diferencias entre el derecho y la moral*[6]

Ross advierte que las *reglas morales*, a diferencia de las normas jurídicas, son individuales y no están ligadas a condición alguna de competencia que habilite a las autoridades para proferir preceptos de alcance general.

Después de recordar y analizar las tradicionales diferencias iusfilosóficas entre el derecho y la moral, entre las cuales se destacan la validez pura y la autonomía de la moral y la validez empírica y heterónoma del derecho, Ross hace énfasis en la positividad del derecho y resume así sus opiniones sobre el tema:

"El derecho es una institución social, vale decir, *inter-individual* (orden social) en contraste con la moral, que es una experiencia individual. Esto implica a su vez:

"1. Que el derecho es *establecido y conceptualmente formulado* por una autoridad externa a través de la legislación y de las decisiones judiciales, como opuesto a la moral que está basada esencialmente en intuiciones empíricas concretas, y

"2. Que el derecho es *realmente hecho efectivo* en caso necesario, por compulsión, como opuesto a la moral que solo reconoce cumplimiento por la fuerza motivante de la ideología-validez misma"[7].

[6] Sobre las relaciones y diferencias entre el *derecho* y la *moral* el lector puede consultar la Sección I del capítulo VIII de este libro y el capítulo II de PLAZAS VEGA, *Kant: el Newton de la moral y del derecho*, Bogotá, Temis, 2004.

[7] *Ibidem*, págs. 120 y 121.

C) *La separación de la ciencia del derecho y la sociología jurídica*

Ross distingue la *ciencia del derecho*, cuyo objeto está constituido por las *normas jurídicas*, de la *sociología jurídica*, cuyo objeto es el estudio del derecho en acción, pero reconoce que no es factible establecer barreras infranqueables, porque la correlación de las normas con los hechos es la medida de la vigencia del derecho.

En ese aspecto, sin embargo, se acerca a la concepción kelseniana de la *teoría pura* a pesar de que, como ya se anotó, su obra pretende ser una superación del dualismo normas-hechos que se aprecia en los planteamientos del ilustre pensador de Viena.

D) *La política jurídica como guía para la tarea creadora del derecho*

Consecuente con sus planteamientos es su posición según la cual los creadores del derecho son los legisladores (*normas abstractas*) y los jueces (*derecho en acción*). Sobre la función de unos y otros versa la obra de Ross.

La *política jurídica* debe darse a la tarea de "guiar la actividad creadora del legislador y del juez y del examen racional de la misma", tanto en sus fundamentos como en sus efectos[8].

Ross, como Kelsen, destaca que el legislador, como el juez, realiza una profunda labor de interpretación, pero de

[8] Véase al respecto a Elisa A. Méndez, *El realismo jurídico de Alf Ross...*, ed. cit., pág. 21.

mayor alcance en la misma medida que obra en un amplio ámbito de libertad. El juez, en cambio, actúa con la limitación resultante de las normas.

Y coincide también con él en el sentido de descartar que la *teoría pura del derecho* se ocupe de "cómo debería ser el derecho" y "cómo debería formarse" y prohijar, en cambio, que su radio de acción se concrete en "qué es el derecho" y "cómo se conforma".

Coincidencias estas que no son extrañas, si se tiene en cuenta que Ross fue discípulo de KELSEN y, como algunos han dicho, ha asumido una posición similar a la de DWORKIN en relación con HART.

La siguiente síntesis de MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA, en su interesante obra sobre *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, describe con precisión los rasgos que los acercan o separan.

"Se puede decir [...] que KELSEN hace primar la consideración estática del derecho, mientras Ross destaca la dinámica; que el primero contempla más bien el elemento interno y el segundo da relieve al externo. Ross acentuaría el aspecto inductivo, a partir de ciertos fenómenos psicosociales, y KELSEN, el deductivo, a partir de una norma suprema.

"Además, ambos autores se asemejan en su pretensión de hacer posible una verdadera 'ciencia del derecho'. Ambos comparten también lo que para KELSEN era una de las exigencias de la riqueza metódica, a saber, la idea de que en la ciencia no caben valoraciones. Discrepan, sin embargo, en la que KELSEN considera segunda exigencia de la pureza metódica, el que la ciencia del derecho debe ser autónoma de las otras cien-

cias, especialmente de las naturales y empíricas, frente a Ross, que, fiel al neoempirismo, cree en la unidad de la ciencia"[9].

Para terminar estos comentarios sobre el realismo de Ross, cabe recordar que su obra intitulada *Hacia una ciencia realista del derecho* fue concebida por su autor como "un intento de restablecer el nexo existente entre el pensamiento iusfilosófico escandinavo y el americano", desde una perspectiva que resume, en lo fundamental, la posición realista:

"En ambos medios culturales se puede advertir una decisiva tendencia hacia una concepción realista del fenómeno jurídico. Me refiero a una concepción que en principio y consistentemente considera al derecho como un conjunto de hechos sociales —una cierta conducta humana y actitudes e ideas relacionadas con ella—, así como el estudio del derecho como ramificación de la psicología social"[10].

2. El realismo de Karl Olivecrona: "el derecho como hecho"

La concepción realista del profesor Karl Olivecrona se expone en forma coherente y clara en su obra *El derecho como hecho: la estructura del ordenamiento jurídico*, cuyo antecedente, según lo recuerda el mismo autor en el prefacio, se haya en un libro publicado en 1939 que llevó por título *El derecho como hecho*.

Tal vez lo más destacable de su obra radica en que los planteamientos de Olivecrona, identificados como propios de un

[9] María José Falcón y Tella, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, ed. cit., págs. 239 y 240.

[10] Alf Ross, *Hacia una ciencia...*, ed. cit., págs. 135 y 136.

formalismo realista, son precedidos por la descripción de las concepciones iusnaturalista y iuspositivista y los puntos de vista propuestos por el autor para denunciar, en una y otra, una apreciación eminentemente "voluntarista" del derecho, a tal punto que, a pesar del rechazo positivista al iusnaturalismo, hay un verdadero encuentro entre las dos cuya más acabada expresión fue el Código de Napoleón de 1805.

Agotada esa presentación contextual del *realismo*, el jurista escandinavo expone su teoría con rigor y con una sencillez poco común, en el capítulo IV de la obra intitulado "La formación de las normas".

Sobre el particular, OLIVECRONA alude a dos posibles fuentes de las normas, a saber: el procedimiento de "legislación en el ámbito parlamentario" y la "imitación de la conducta".

La legislación parlamentaria, reconoce, es la fuente normativa por excelencia y ha tenido tradicional explicación en la "voluntad" del legislador, con el aporte, entre otros autores, del ginebrino JUAN JACOBO ROUSSEAU y su definición de la ley como la "manifestación de la voluntad general", si bien en el criterio del autor del *Contrato social* tal voluntad no es la de un cuerpo legislativo delegatario, sino de la asamblea del pueblo. La *voluntad general*, originaria de la ley, se establece por votación y es infalible en la misma medida que proviene del cuerpo soberano y, por su sola existencia, evidencia el error de quienes integran la minoría.

Pero, en todo caso, la base de la creación legislativa se encuentra en la Constitución y, en particular, en las reglas y condiciones que tenga previsto el contrato político para el ejercicio del poder, el cual debe consultar, sin reservas, ciertas formas cuyo acatamiento interesa a toda la colectividad y, por tanto, son determinantes de su validez. De ahí que

sea factible hallar puntos de coincidencia entre este tipo de realismo y las teorías de KELSEN y de HART sobre la "norma de normas" y la "regla de reconocimiento". Al fin y al cabo, también para el realista escandinavo la existencia de una Constitución y de una serie de condiciones en que debe ejercerse el poder político explica la disposición de la comunidad a acatar lo ordenado por las leyes.

Empero, el complejo proceso que precede a la promulgación de la ley ha servido a OLIVECRONA para concluir que, aun en el contexto de esa expresión visible, es ingenuo pretender que las normas emanan de la simple voluntad de un pueblo, un monarca o una aristocracia soberana. Son muchas las personas que intervienen en ese proceso y que, en mayor o menor grado, participan del contenido final de la ley formalmente promulgada. Solo en apariencia la "promulgación" se concreta en poner en conocimiento público la voluntad del legislador. Las etapas que han de surtirse hasta que la ley se agregue al conjunto del ordenamiento descartan, de modo ostensible, que la misma sea la expresión de la voluntad del legislador y ponen de manifiesto que, tras su contenido, hay un sinnúmero de voluntades intervinientes que trascienden el radio de acción de las ramas ejecutiva y legislativa del poder público: la designación de comisiones de juristas y técnicos expertos en el tema de que se trate; la elaboración de un anteproyecto y su discusión y depuración en el seno del gobierno, previa consulta de los gremios y sectores interesados en el ordenamiento; la discusión en el seno del Parlamento y, finalmente, la promulgación de la ley.

Son tantos y tan variados los criterios que intervienen en el proceso de formación de las leyes, que sería ilusorio

pretender que esa voluntad es simplemente la de la mayoría parlamentaria que le impartió su aprobación.

"Las leyes que emergen de este proceso, apunta OLIVECRONA, no son declaraciones de su voluntad [la del legislador], sino el resultado de una larga serie de ideas referentes a qué novedades serían deseables, así como la oposición a tales ideas, persuasión, propaganda, iniciativas públicas y privadas, discusiones y compromisos que en último término resultan en la aprobación de un conjunto de normas mediante una serie de actos formales que acaban en el acto de la promulgación"[11].

Pero en donde se vislumbra a cabalidad la concepción realista de OLIVECRONA es en la segunda modalidad de formación de las normas: la que tiene como fuente "la imitación" y halla su expresión en los llamados "derecho consuetudinario" y "derecho jurisprudencial".

El "derecho consuetudinario", amparado en la costumbre observada regularmente por una comunidad, fue muy frecuente en las comunidades primitivas pero ha perdido vigencia en el seno del Estado-nación en el cual el poder de coacción institucional permite, cada vez en mayor grado, que lo que otrora fuera costumbre comunitaria se incorpore al conjunto de la legislación[12].

[11] KARL OLIVECRONA, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Edit. Labor Universitaria, trad. de Luis López Guerra, pág. 95. OLIVECRONA alude también al hecho de que "la creciente complejidad de la sociedad moderna ha llevado a un crecimiento considerable de la influencia de los expertos".

[12] Sobre el particular puede apreciarse el Apéndice II de este libro, relacionado con la sentencia de la Corte Constitucional que declaró exequible el artículo 13 de la ley 153 de 1887.

No ocurre lo propio con el "derecho jurisprudencial", el cual ha adquirido creciente importancia a medida que se reconoce que la ilusión de la exégesis contrasta con la realidad y se repara en que los aplicadores del derecho emprenden, de modo ininterrumpido y muchas veces imperceptible a simple vista, una permanente creación de derecho.

Los planteamientos de OLIVECRONA sobre la función de los fallos judiciales, como corresponde al "ismo" realista al cual él mismo se vincula, son enfáticos en advertir su indudable condición de fuentes del derecho, en la misma medida que se agregan como suplemento de las leyes que aplican, para orientar la solución de casos futuros, o, en las "zonas de penumbra" del ordenamiento, crean verdaderas normas que tienden a trascender los casos particulares mediante un tradicional respeto a los "precedentes".

"Sin embargo, anota, la idea de respetar el precedente entra en conflicto con la idea de que los tribunales deben limitarse a aplicar la ley, no a crearla. Pero, a su vez, esta vieja idea está en desacuerdo con la realidad. Da por supuesto que hay un derecho escrito omnicomprensivo, del que pueden deducirse decisiones judiciales en todos los casos. Y puesto que esto es una ilusión, los tribunales necesariamente deben adoptar decisiones en muchos casos en que no hay derecho escrito preexistente [...]. Y puesto que, una vez adoptado un principio, lo más probable es que siga en el futuro, los tribunales, después de todo, crean derecho.

"Pero hay una idea que oscurece el conflicto entre suposiciones irreales y necesidades prácticas; la idea de que los tribunales son intérpretes autorizados de la ley existente, ley que, se supone, contiene principios con arreglo a los cuales puede resolverse cualquier caso. [...] De esta manera, las in-

novaciones introducidas necesariamente por los tribunales se disfrazan de 'interpretaciones autorizadas', como aplicaciones del derecho existente. Y el resultado es el mismo cuando la idea es la de que el derecho, en forma misteriosa, habla por la boca del juez"[13].

La creación del derecho es ininterrumpida y no se limita a la promulgación de leyes. Las providencias judiciales, los estudios jurídicos, los contratos, los estatutos, que con tan reconocido dinamismo se repiten en el seno de la sociedad, contribuyen, en forma concurrente, para ese inagotable proceso de creación.

Con todo, el discurso de OLIVECRONA llega a extremos inaceptables, en relación con la seguridad jurídica y los alcances del derecho legislado, con afirmaciones como la siguiente:

"El derecho jurisprudencial se desarrolla siempre paralelamente al derecho promulgado, *alterándolo y suprimiéndolo*"[14].

Se ha dicho en este libro que la función eminentemente mecánica del juez, y también de los operadores del derecho en general, es ilusoria, porque siempre, quiérase o no, cumplen una función de creación del derecho. Y desde ese punto de vista cabe respaldar los planteamientos de OLIVECRONA sobre la coexistencia de un derecho legislado con el derecho "por imitación", consuetudinario o judicial. Pero ello no implica que pueda reconocerse a los jueces el poder político de ignorar el derecho legislado, e incluso de alterarlo, o suprimirlo, a su leal saber y entender. La creación judicial del derecho

[13] OLIVECRONA, *El derecho como hecho...*, ed. cit., págs. 106 y 107.

[14] *Ibidem*, pág. 110.

es concebible como complementaria y no sustitutiva del derecho legislado y no puede comportar, en absoluto, la afirmación de un superpoder, integrado por los tribunales, investido de la facultad de desconocer, sin más, lo dispuesto por el Parlamento y, en su caso, por el ejecutivo.

De cualquier manera, la importancia del legado realista es indudable en ese contexto de reflexión antiformalista que ha servido de referencia para este ensayo. No porque hayan tenido origen en Estados Unidos de América, Dinamarca y Suecia puede negarse que muchas de las conclusiones realistas son predicables de nuestros ordenamientos. Recuérdese, al respecto, la importancia de iusfilósofos más cercanos, como el argentino CARLOS COSSIO y su discutida definición egológica del derecho como *conducta* y no como *norma*, la cual coincide en algunos aspectos con las tesis realistas.

Los reparos al realismo han sido expuestos a lo largo de las páginas anteriores. Pero entre los varios aportes susceptibles de destacar, cabe mencionar el interés por los hechos, que caracteriza a sus reconocidos exponentes. Todos ellos, desde diversos puntos de vista, ponen en tela de juicio los criterios de validez que prescinden de los hechos para depender únicamente del ordenamiento positivo o de preceptos prelegales condicionantes de la ley humana. Tal interés, bueno es advertirlo, no siempre se limita a los hechos propios del litigio, como ocurre en buena parte con FRANK, sino a los hechos en general, como contexto que al mismo tiempo explica el derecho y determina los alcances de su aplicación.

Capítulo VII

EL TRIALISMO JURÍDICO: POR UNA CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

Ya se enfatizó aquí en el alcance limitado y parcial de las concepciones unidimensionales o bidimensionales del derecho, en el exceso de toda la explicación de la ley positiva en función de su correspondencia con la ley natural, y de modo fundamental con la justicia; y en las dimensiones ilusorias de la afirmación del mundo del derecho como puro "deber ser", eminentemente normativo y no descriptivo de la realidad; y de la pretensión de identificar el derecho con los hechos, en forma aislada.

El derecho tiene tres dimensiones, ninguna de las cuales se puede desatender sin provocar apreciaciones eminentemente limitadas. Son ellas las siguientes: la dimensión *dikelógica*, o *axiológica*, relacionada con los valores que subyacen tras el derecho. La dimensión *normológica*, a la luz de la cual el ordenamiento, como expresión sistemática de la voluntad soberana dirigida a regular la convivencia en sociedad y establecer sanciones a cargo de quienes lo incumplan, es clara manifestación de lo jurídico. Y la dimensión *fáctica* o *sociológica*, no solo porque la realidad imperante debe servir de referencia y de contexto para la interpretación del derecho, sino porque su vigencia y sentido adquieren verdadera enti-

dad si es *eficaz*, si las normas que lo integran son acordes con el contexto social y, en esa misma medida, son aplicadas y acatadas de manera plena.

Para el *trialismo jurídico*, el derecho tiene un profundo contenido, si bien hay dos versiones diametralmente opuestas en torno a la función de los juristas y los alcances de su formación: para el notable iusfilósofo brasileño, MIGUEL REALE P., no hay por qué hacer abstracción del mundo filosófico para limitar la reflexión del jurista exclusivamente a la ciencia del derecho. Para WERNER GOLDSCHMIDT, de particular influencia y proyección en Argentina, es necesario distinguir entre la *filosofía mayor*, a la luz de la cual la apreciación filosófica del derecho hace parte de una concepción integral, a la manera de ARISTÓTELES, SANTO TOMÁS o HEGEL, y la "jurística", o *filoso-fía menor*, término inspirado en la obra de HENRI LÉVY BRUHL *Aspectos sociológicos del derecho*, en función de la cual la reflexión del jurista debe limitarse exclusivamente a la ciencia del derecho.

Nada más apropiado, por la claridad de sus términos y porque corresponde a la más acertada teoría tridimensional, que transcribir el resumen hecho por el propio REALE sobre los aspectos fundamentales de su pensamiento:

"En las últimas cuatro décadas el problema de la tridimensionalidad del derecho ha sido objeto de estudios sistemáticos hasta culminar en una teoría a la que creo haber dado nueva conformación, sobre todo por la demostración de que:

"a) Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, de carácter técnico, etc.); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinando o determinando la acción de los hombres en el sentido de

alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor.

"b) Tales elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados, unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.

"c) Más aún, esos elementos o factores no solo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso de tal modo que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran"[1].

Como toda posición en el campo de las ciencias sociales, el *tridimensionalismo* ha dado lugar a controversias y cuestionamientos alrededor de un supuesto eclecticismo que no es cierto, como no lo es ninguna síntesis dialéctica que sublime los contrarios sin ignorarlos ni rechazarlos, o que los afirme en una fase superior a la de la inmediatez inicial.

WERNER GOLDSCHMIDT y MIGUEL REALE han sido sus más reconocidos exponentes pero no los únicos. Otros destacados iusfilósofos y juristas, cuya simple mención pone de manifiesto su importancia, han prohijado la tridimensionalidad del derecho o han contribuido con sus obras para la ulterior consolidación de la doctrina trialista: GÉNY, ROUBIER, VILLARY, LASK, RADBRUCH, WELZEL, NAWIASKY, KANTOROWICKZ, STONE, HALL, BOBBIO, LUMIA, BAGOLINA, RICCI, FROSINI, RECASÉNS SICHES, LEGAZ Y LACAMBRA y EDUARDO

[1] MIGUEL REALE P., *Introducción al derecho*, Madrid, Edit. Pirámide, 1993, pág. 73. El pensador brasileño expone su concepción tridimensional en sus obras *Filosofía del derecho y Teoría tridimensional del derecho*.

GARCÍA MÁYNEZ, entre otros, han tenido que ver con la tridimensionalidad del derecho[2].

En Colombia, cabe mencionar a FERNANDO GÓMEZ MEJÍA, de cuya obra *La interpretación del derecho* son las siguientes apreciaciones:

"En el derecho se dan tres dimensiones difícilmente separables. [...] En cuanto objeto cultural es una manifestación humana bidimensional, con una dimensión normativa y otra fáctica. [...] Hay que agregarle su tercera dimensión: la valorativa. Pues el derecho, y en esto sigue obedeciendo a las categorías de su región óntica, nace para la satisfacción de unas determinadas necesidades, propósito que le confiere un sentido. Y ese sentido solo se entiende en función de los valores que intente realizar"[3].

Esa explicación tridimensional de lo jurídico es indudablemente acertada. Dada la complejidad del contenido del derecho, la formación de los juristas debe girar alrededor de los tres criterios que aquí se comentan: valorativo, normológico y sociológico.

En lugar de la proliferación de materias que tradicionalmente han pretendido orientar a los estudiantes de leyes en nuestro país, desde una perspectiva asistemática y limitada al conjunto de normas que regulan los más diversos aspectos de

[2] Una enumeración detallada y distribuida por países y escuelas, de los autores trialistas o que han contribuido con sus ideas a la concepción tridimensional del derecho, puede verse en el trabajo de JULIO O. CHIAPPINI, intitulado "Trialismo", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice, vol. IV, Buenos Aires, Edit. Driskill, 1979, págs. 571 a 575.

[3] FERNANDO GÓMEZ MEJÍA, *La interpretación del derecho*, Bogotá, Edit. Ananké, 1979, pág. 19.

la vida en sociedad, el objetivo de las facultades de derecho debería concretarse en la formación integral de los juristas. No se trata de informarlos sobre el sinnúmero de disposiciones que pululan en ordenamientos como el nuestro, sino de formarlos a cabalidad, de manera tal que adquieran conciencia de su función como creadores y operadores del derecho.

Comprometer a los estudiantes con el estudio de tantas ramas o especialidades como las que se suelen abordar, sin ningún hilo conductor que consulte el contenido, la estructura normológica y los fines del derecho, es renunciar a la profundidad y enfrentarlos a interminables disposiciones y reglas que, en aras de atender los requerimientos "académicos", les impide comprender a plenitud el rico y loable alcance de lo jurídico. Y, lo que resulta aún más triste, es negarles la mejor posibilidad que tienen en su vida, y en ocasiones la única, de abordar el derecho sin confundirse en las áridas peculiaridades de la superficie. Bien lo dijo GOLDSCHMIDT, desde su perspectiva trialista:

"Nuestras facultades no han de educar a ingenieros sociales y mucho menos a ajedrecistas de normas; deben formar a juristas. Hemos de transformar nuestras facultades de derecho en facultades de ciencias jurídicas (sociológica, normológica y dikelógica); entonces nuestros estudiantes se convertirán en buscadores de títulos habilitantes y de oro, en personas que reparten a sabiendas con justicia y que por esta razón estudian con la misma vocación y dedicación que sus compañeros en las facultades de ciencias naturales"[4].

[4] WERNER GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, prólogo a la tercera edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987, pág. XV.

La imposibilidad de que se interpreten las normas si su tenor literal es claro es ilusoria, porque desconoce la dimensión humana de los jueces y juristas. La consulta de la voluntad del legislador de antaño para indagar el espíritu del ordenamiento, en relación con su aplicación actual, no solo desatiende el contexto fáctico de referencia, sino que, como la interpretación literal, también deviene fantástica e irreal.

A los legados histórico y realista, sobre la costumbre y la jurisprudencia como fuentes del derecho adicionales a las normas que conforman el sistema, cabe agregar, como conclusión de cuanto aquí se ha dicho, que la creación del derecho es ininterrumpida e impredecible y evoluciona a la luz de las tres dimensiones interactuantes que le dan sentido. El compromiso de los juristas es agobiante, pero rico en su contenido y encomiable en sus fines. El de los educadores de juristas, es riguroso en grado sumo porque no pueden limitarse a informar a sus discípulos sobre lo dado, sino que tienen la indeclinable misión de formarlos como verdaderos creadores del derecho y no pueden hacerlo si ellos mismos no ostentan esa condición.

Los estudiantes de derecho deben nutrirse de la teoría, pero sin menoscabo de la práctica. Su aprehensión de las tres dimensiones del derecho los ha de conducir a la realidad que informa lo jurídico, pero sin el extremo de ignorar los principios y las normas para alienarse en la exterioridad de lo fáctico. Su apreciación del derecho no puede ser "desde fuera" pero tampoco "desde dentro", exclusivamente. Su destino no es "el cielo de los conceptos jurídicos" que describiera el luminoso ensayo de IHERING para cuestionar a quienes denigran de los "juristas prácticos" en aras de un retiro autosuficiente al reino de la "teoría", como si el derecho fuera extra-

ño a la realidad. Pero tampoco es viable hallarlo en un retiro de peor talante, como es el que resulta de la indolencia y la apatía de un pragmatismo equivocado, compañero de la ignorancia y la pereza. No fue eso lo que pretendió RUDOLPH VON IHERING en su agudo trabajo sobre las *Bromas y veras de la jurisprudencia*.

La práctica de los estudiantes de derecho debe ir de la mano de la teoría, como la práctica de los aspirantes a médicos solo se concibe por su relación de medio a fin con la verdadera ciencia que han de dominar. Pero, dadas las tres dimensiones de que aquí se trata, la educación del jurista entraña mayor complejidad y se impone como un verdadero reto para las facultades de jurisprudencia en un contexto de cuestionamiento y revisión de los viejos y tradicionales cánones sobre la definición y la interpretación del derecho.

El compromiso de profesores y académicos, y en general de los juristas, es aún de mayor talante si se tiene en cuenta que ni siquiera la limitada dimensión normológica del derecho es suficiente en momentos en los cuales al lado del "derecho oficial" rigen otros ordenamientos no oficiales, que se han impuesto en nuestra sociedad a despecho de la feliz teoría de la unidad del poder y su ramificación en órganos que coparticipan en la gestión estatal. Se trata del "pluralismo jurídico" que hoy preocupa, con vivo interés, a sociólogos y antropólogos del derecho dedicados a examinar esos ordenamientos que, a pesar de no tener un reconocimiento institucional, se han impuesto en la sociedad de tal manera que llegan a generar una reacción de desconocimiento del derecho fiscal en aquellos sectores en los cuales la acción del Estado brilla por su ausencia. En Colombia, el fenómeno es evidente y se pone de manifiesto en buena parte del territorio que está so-

metido al dominio de grupos guerrilleros que emiten normas de obligatorio cumplimiento amparadas en el terror, la muerte y el secuestro, como deleznable medio de coacción. Y en el mundo en general el "pluralismo jurídico", expuesto con sumo rigor por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, tiene otras manifestaciones más amables pero que igualmente comprometen a los juristas con una formación sólida y difícil, como son las que tocan con el auge de los derechos supranacionales y subnacionales originado por las tendencias integracionistas de los países y la reconsideración de las viejas estructuras internas del poder basadas, en muchos casos, en sistemas centralizados y unitarios. Hoy, los derechos supranacional y local si bien no desconocen la unidad del "derecho oficial" sino que forman parte de él, sí imponen a los profesores y estudiantes de derecho un contexto de mayor envergadura que el del viejo "derecho nacional" del cual no pueden hacer caso omiso sin quedar a la zaga en esa evolución incesante del derecho[5].

SAVIGNY, en su momento, aludió al *nuevo derecho alemán* y hubo de oponerse a la adopción inconsulta de un Código Civil extraño a la realidad germana, mediante su negación de la ley como la expresión normativa de la razón amparada en la voluntad arbitraria del titular del poder de crearla. El derecho es expresión del espíritu del pueblo y no el simple producto de la voluntad del legislador, advertía con insistencia el profesor de Berlín, si bien su discurso incurrió en excesos ya comentados en este trabajo.

Hoy, nuestros tribunales, y algunos profesores, aluden al *nuevo derecho* para destacar esa tendencia al antiformalismo

[5] Véase a BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, Edit. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1991, págs. 63 a 72.

en procura del reconocimiento de una función menos mecánica y más creativa de los jueces y operadores de las normas. Las vertientes doctrinarias mediante las cuales se promueve esa reflexión son muy variadas, pero coinciden en reconocer un contenido al derecho, sin el cual sus futuros intérpretes caminarán sin apoyo, sobre el puro vacío.

Los viejos preceptos que por muchos años han pretendido orientar a los aplicadores del derecho en su tarea de interpretar la ley, hoy se cuestionan, sin temor, en un ambiente de crítica encaminada a superar las apariencias y sustentar la apreciación y la aplicación de la ley a la luz de la realidad y no de la fantasía. Reglas como la de *dura lex sed lex*, o la de la *interpretación literal*, que por tan prolongado tiempo han servido de apoyo al positivismo acrítico, hoy se denuncian como propias de los tiempos en que los "señores del derecho", a que alude el jurista italiano GUSTAVO ZAGREBELSKY, eran los legisladores. En su lugar, se aboga por una labor de interpretación completa, que no se limite al texto de la ley o a la voluntad del legislador sino que aborde, con rigor y buen sentido, la indeclinable tarea de apreciar los hechos a cabalidad. Para que ello sea posible, es indispensable que los futuros aplicadores del derecho tengan la oportunidad de ampliar el ámbito de sus reflexiones, de forma tal que no se limiten al sistema de normas sino que consideren, con particular énfasis, la realidad fáctica que sirve de escenario para su aplicación. Como muy bien lo ha dicho el mismo ZAGREBELSKY, en su reconocida obra intitulada *El derecho dúctil*:

"[...] Un estudio del derecho y, peor aún, una jurisprudencia completamente encerrados en las formulaciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que estas dirigen su fuerza normativa, serían obras extravagantes de

'juristas puros' (como no existen pocos, orgullosos e inútiles) que no deberían interesar a nadie.

"Cualquier jurista conocedor de las características de su trabajo sabe cuánto influyen las pretensiones de los casos en la determinación de la regla y sabe que la interpretación, si no está orientada o ligada a un caso, es un girar en el vacío carente de sentido (a menos que se considere que tiene sentido buscar el mayor número posible de significados encerrados en los enunciados de la ley, según el ideal de una interpretación exclusivamente teorética que propone la teoría pura del derecho)"[6].

Cuando los juristas se ocupan de casos concretos no pueden apartarse de ese aspecto fenoménico del derecho, sino que deben abordarlo con esmero porque, de otra manera, no estarán en condiciones de proferir un fallo, emitir un concepto o, en general, aplicar las normas en función de los hechos. Si asesoran la elaboración de un proyecto de ley, o su discusión, deben contar con la posibilidad de entender el contexto en relación con el cual se reclama el nuevo ordenamiento. Cuando asumen, desde la cátedra, el loable compromiso de ilustrar a los estudiantes de leyes, no logran a plenitud sus objetivos si hacen caso omiso de la esfera del *ser* para adentrarse, sin reparos, en el complejo sistema del *deber ser*.

HABERMAS, al plantear su propuesta de desligar a los jueces del "discurso de fundamentación", propio del legislador en su condición de órgano encargado de evaluar la razón de ser y la justificación de la ley, e insistir en que el discurso que les incumbe es el de "aplicación", no deja de reconocer que la di-

[6] GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Madrid, 1995, págs. 133 y 145.

námica del derecho se caracteriza por una permanente tensión entre su "legitimidad" y su "eficacia": lo primero, porque la base demoliberal en la cual ha de apoyarse el derecho impone una estricta sujeción al procedimiento previsto para la aprobación y expedición de leyes, de forma tal que se descarte que queden investidos de poder político organismos distintos del legislador; y lo segundo, porque el derecho no puede ignorar los hechos, la realidad a la que se refieren las normas y sobre la cual deben pronunciarse los jueces[7].

Tanto el estudiante de leyes como los juristas entregados a la academia o al llamado "ejercicio del derecho" deben valorar las vías procesales y procedimentales que establece la ley con un criterio más profundo que el que generalmente predomina en sus reflexiones cotidianas. Deben comprender que tales vías han de ser el entorno que se ofrece al derecho sustancial para su plena vigencia. Reparar en que, en última instancia, los jueces definen las controversias que conocen desde su propia perspectiva, pero a la luz de las argumentaciones y discursos propuestos por las partes que, en aras de la seguridad jurídica, deben seguir rumbos precisos y expeditos que solo son factibles en un contexto de normas de procedimiento acordes con esa realidad. En suma, han de tener en cuenta que a la vieja fantasía de la lógica tradicional que anunciaba el reino incuestionable de la razón, la dinámica del derecho ha respondido con la necesidad de establecer lo "razonable", la solución más justa, la decisión que mejor se aviene a las argumentaciones y a los hechos.

En el acontecer jurídico el derecho ha de ser válido, legítimo y eficaz y sus aplicadores, en relación con esa triple di-

[7] Véase al respecto a JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Santa Fe de Bogotá, 1997.

mensión, deben contar con reglas claras para la *argumentación* y hacer de sus discursos manifestaciones acordes con tan profundo contenido. Sobre esas bases, los procesos y las reglas procedimentales deben ser concebidos desde la doble perspectiva de hacer viable un conocimiento pleno y directo de los hechos, por parte de los jueces, y permitir que las argumentaciones tengan un cauce que facilite la decisión de los litigios. Y el estudio de los principios y reglas generales que informan la materia no puede apartarse de esa finalidad lógico-fáctica de los actos procesales, cuyo análisis es propio de una teoría general, para alienarse en las particularidades y minucias de las normas procesales que se aplican para las más variadas e innumerables áreas y ramas de especialización del derecho. La concepción general del proceso, rica en principios y orientada a ilustrar a los educandos sobre su profunda finalidad, debe ser el criterio imperante en las facultades de derecho, de forma tal que se les libere de abordar esa serie de "derechos procesales" que suelen imponer las universidades ("procesal civil", "procesal laboral", "procesal agrario", "procesal administrativo", "procesal penal", etc.).

Mas los resultados de la nueva visión serían nulos si la formación de los juristas desatendiera el contexto fáctico en que habrán de operar. No tienen que saberlo todo, ni es factible que pretendan desplazar a quienes se ocupan de las peculiaridades propias de esa realidad subyacente. Tampoco pueden obrar en una especie de retiro obligado del mundo sensible, a la manera de un filósofo, rey platónico que no retornara a la caverna o de un genio matemático que tuviera que apartarse de la naturaleza para descubrir sus leyes.

Los juristas, al aplicar el derecho, no tienen como contexto la exactitud propia de las matemáticas o las ciencias

naturales porque su radio de acción no es otro que el de las relaciones intersubjetivas. El contexto de sus dictámenes es humano en su más acabada expresión y, por tal razón, no se rige por la *necesidad* sino por la *libertad*. De ahí que las decisiones de los jueces y la dinámica del derecho, en general, giren alrededor de lo probable y no de lo que indefectiblemente ha de ser.

Su formación es exigente porque la libertad humana comporta un progreso permanente y no permite que las leyes humanas permanezcan incólumes por siempre, estáticas como las verdades eternas y las leyes de la naturaleza, sino que impone un derecho en movimiento que, al decir del profundo KANT, se concreta en "el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad"[8]. No por otra causa los iusfilósofos de nuestro tiempo dirigen sus esfuerzos a establecer las condiciones en que el *discurso* y la *argumentación* permiten arribar a la solución más "equitativa" y "razonable". Y al hacerlo, por fuerza del círculo de círculos de la dialéctica, no acuden a la admirable *lógica formal* y *deductiva*, que legó el genio del estagirita y que sirvió de sustento por muchos años al silogismo beccariano, sino a *los tópicos*, o comunes criterios de referencia para la "argumentación probable", como instrumento adecuado de la nueva lógica.

Los hombres de las leyes no deben ser convertidos en esclavos encerrados por el muro infranqueable de las normas, ni

[8] IMMANUEL KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Edit. Tecnos, 1989, pág. 29. Sobre el pensamiento jurídico y político de IMMANUEL KANT, y en general sobre su *filosofía práctica*, remito al lector a mi libro intitulado *Kant, el Newton de la moral y del derecho*, Bogotá, Edit. Temis, 2004.

se les debe hacer partícipes de la perniciosa tendencia de los países descompuestos a resolver sus problemas usuales mediante la expedición de leyes y sus problemas de fondo mediante la promulgación de Constituciones. Para evitarlo, las facultades de derecho tienen que orientar sus enseñanzas hacia la comprensión crítica de los hechos, de la expresión fenoménica de lo jurídico, en forma simultánea con el justificado y necesario estudio del sistema de normas.

Y a uno y otro aspecto de la formación integral de los juristas debe ser inmanente una obsesión académica y personal por la *equidad*, para que se supere su cuestionable apreciación como un principio lejano que solo se aplica en ocasiones, cuando sea ostensible que el rigor de la justicia legal deviene en injusticia. Para los juristas debe ser claro e indiscutible que al aplicarse las normas, dada la diversidad de correlaciones entre los hechos y las reglas, siempre estará en acción la equidad y es su deber y su virtud hacerla prevalecer en todas sus acciones. Por esta razón, debe ser tema fundamental de sus estudios el de las teorías sobre la justicia que legaron para la historia del pensamiento numerosos juristas y filósofos.

Los estudiantes de leyes y los juristas prácticos, que dice IHERING, deben iluminar su labor diaria de correlacionar e interpretar las normas y los hechos, o de aprender a hacerlo, con un profundo espíritu de *equidad*[9] que no sucumba ante el viejo precepto *dura lex, sed lex.* Las *normas jurídicas*, de las cuales se ocupan, distan en mucho de las leyes que rigen el mundo fenoménico de la naturaleza. No son más que "un pe-

[9] Véase sobre el tema del retorno a la equidad y el equívoco de la distinción entre *jurisdicción de equidad* y *jurisdicción de derecho*, a ZAGREBELSKY, ed. cit., págs. 144 a 146.

dazo de vida humana objetivada", según la lúcida síntesis de RECASÉNS SICHES[10], y, como tales, albergan en su seno toda la diversidad y la riqueza de contenido que imponen la libertad y sus expresiones. Su correlación con los hechos, en el ámbito de las decisiones judiciales y en general de su aplicación, no tiene las características de *necesariedad* que revisten las leyes de la naturaleza precisamente porque sus destinatarios y gestores son los hombres y su contexto la *libertad.*

La lógica que impera en el derecho no es la de los *juicios enunciativos*, inherentes a la esfera del *ser*, comprobables empíricamente y, en cuanto tales, susceptibles de calificar como *verdaderos* o *falsos*, sino la de los *juicios normativos*, propios del *deber ser*, no demostrables mediante la experiencia ni susceptibles de evaluar desde el punto de vista de su *veracidad*[11], porque de ellos se predican otras condiciones, como son las de *validez, efectividad* y *legitimidad.* Por esta razón, los *aplicadores del derecho* deben comprender y asumir tan precioso contenido con pleno rigor, conscientes de que lo *justo legal* tiene como permanente vigía a la *equidad.* Las inferencias jurídicas, en la misma medida que no entrañan *valores veritativos*, mensurables desde la perspectiva de lo verdadero o falso, son complejas y agobiantes porque demandan del jurista valoraciones profundas que tocan con el complejo espectro de la *libertad* y el *deber*, sin menoscabo de los hechos, de la realidad social que sirve de escenario a las relaciones intersubjetivas. Solo excepcionalmente comportan una exactitud

[10] LUIS RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, ed. cit., pág. 136.

[11] Véase sobre el tema a EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, "Lógica jurídica", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XVIII, Buenos Aires, 1964, págs. 811 a 846.

matemática en la que en verdad la inferencia sea deductiva y silogística y no dependa de la íntima convicción y del criterio de quienes las apliquen, aunque así lo hayan pretendido quienes rechazan la existencia de "lógicas especiales". No conducen a la certeza sino a la probabilidad y comportan un complejo método, acorde con la dimensión espiritual de su contenido, que a la vez implica *deducción* e *inducción* porque, como se ha dicho, no pueden concebirse desde la fría e incompleta perspectiva de las normas sino que imponen una permanente vivencia de la realidad fáctica respecto de la cual se aplican.

Este libro no es más que el fruto de esas reflexiones en contra de la fantasía y en pro de la realidad de la interpretación jurídica y, por su orientación tridimensional, ha sido concebido, a la vez, como negación y afirmación de los principios, las normas y los hechos: negación, en la medida que alguna de las dimensiones dikelógica, normológica o sociológica se acoja en forma excluyente o aislada. Afirmación, si todas ellas se reconocen en su conjunto, desde una perspectiva integral de lo jurídico.

Es cierto que muchos de los actuales estudiosos y tratadistas de la teoría del derecho denigran de tan amplio criterio y reclaman el retorno a las apreciaciones unidimensionales, en ocasiones en forma vehemente y enérgica. Pero para quienes tienen el privilegio de abordar estos temas en forma simultánea con el ejercicio de la abogacía, resulta inadmisible ocultar sus íntimas convicciones tras la prudencia y se impone expresarlas sin ambages, como espera haberlo hecho el autor de este ensayo. El mito de la seguridad jurídica dependiente de la ley positiva y de la voluntad del rey legislador debe ser superado, porque por grandes que sean los esfuerzos en pro de

una labor mecánica de los operadores del derecho, amparados en el método deductivo y en la lógica tradicional, lo cierto es que al abordar los casos cumplen una función de mayor talante. Precisamente, en aras de la seguridad jurídica, debe reconocerse que los jueces no se limitan a decir la ley, aunque pretendieran hacerlo, y que los hechos no son extraños sino esenciales al derecho. Ante la ya descrita diferencia entre la lógica de los *juicios enunciativos* y la de los *juicios normativos*, se impone una formación de los juristas que, sin perjuicio de la expresión *deóntica* de sus acciones, parta de la base de reconocer que el sistema de normas tiene como contexto a la realidad fáctica y halla su sentido en la *justicia* que debe imperar en las relaciones entre seres *libres*.

El artículo 230 de la Carta Política de Colombia no se limita a decir que "los jueces solo están sometidos al imperio de la ley". También agrega que "la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial". Y al referirse a la sujeción a la ley no lo hace a fin de mitificar el derecho legislado, de manera que deseche la costumbre como *fuente formal*, sino con el propósito de reiterar la independencia con que deben obrar los jueces en relación con otros órganos del poder público, como bien lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia que se comenta en uno de los apéndices de este ensayo.

El imperio de la ley, como corresponde a un Estado de derecho, o si se quiere a un Estado constitucional, es indiscutible y sirve de eficaz apoyo a la *seguridad jurídica*. Pero la ley no lo dice todo y, por tal motivo, los jueces, como en general los juristas, deben contar siempre con esos "criterios auxiliares" a que alude el artículo 230. En los términos apro-

bados por la Comisión Codificadora para segundo debate en la Asamblea Nacional Constituyente, "la interpretación judicial preexistente y los principios generales del derecho y la equidad son criterios de aplicación de la ley"[12]. No son la ley, ni pueden serlo, pero sí se ofrecen al juez como contexto invaluable para su aplicación.

El precepto constitucional en comentario no solo permite, sino que también sugiere la concepción trialista del derecho que aquí se acoge: si bien reitera que los jueces deben someterse a la ley y no pueden modificarla ni desconocerla (*aspecto normológico*), advierte también que para su "aplicación" (*aspecto fáctico*) deben tener en cuenta la *equidad* y los *principios generales del derecho* (*aspecto deontológico*) y consultar la *jurisprudencia* y la *doctrina*.

[12] Texto consultado en CARLOS LLERAS DE LA FUENTE y MARCEL TANGARIFE TORRES, *Constitución Política de Colombia. Origen, evolución y vigencia*, vol. II, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1996, pág. 885.

Capítulo VIII

REFLEXIONES ANTE EL FANTASMA DE LOS TOTALITARISMOS Y AUTORITARISMOS

Sección I.—*La relación entre derecho y la moral*

No se propone esta sección de la obra abordar en general las dimensiones y ámbitos del *derecho* y la *moral*[1], sin que ello sea óbice para reiterar aquí que la frontera entre una y otra manifestaciones de la *filosofía práctica,* otrora considerada infranqueable por las versiones más cercanas al *positivismo jurídico,* cede hoy su paso a una relación cada vez más notoria, tanto en lo que toca con la creación del *derecho legislado* como en lo que atañe a la interpretación de las normas y de los hechos con motivo de la aplicación del *derecho*[2].

[1] Sobre ese tema, el autor se remite a los planteamientos expuestos en la obra intitulada *Kant: el Newton de la moral y del derecho,* Bogotá, Edit. Temis, 2003. El problema se examina desde la perspectiva de la *filosofía práctica* de Immanuel Kant y sus puntos de vista sobre la diferencia y el vínculo que puede establecerse entre la *moral* y el *derecho.* Según se advierte en el texto, se aleja por completo del pensamiento de Kant la afirmación según la cual el Filósofo defendió la separación insalvable entre estas dos expresiones de la *filosofía práctica*. Cfr. *op. cit.*, págs. 71 a 86.

[2] Nada más apropiado, para confirmarlo, que comprobar la crisis de la tradicional doctrina sobre la separación del *derecho* y la *moral* en

La temática que en esta oportunidad se propone tiene que ver con uno de los aspectos más importantes que fluyen de la posición que se asuma en torno a la separación absoluta o solo relativa del *derecho* y la *moral*: la posibilidad de desobede-

---

numerosas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que, desde diversas perspectivas, así lo ponen de manifiesto. Las siguientes son algunas de ellas: la sentencia C-814 de 2001 (M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra), que declaró exequible la "idoneidad moral del adoptante" como condición para que proceda la adopción, y por consiguiente su inadmisibilidad respecto de parejas homosexuales, sentencia en la cual se pone de presente que si bien es cierto que los campos del *derecho* y la *moral* son diferentes, no lo es menos que, en muchas ocasiones, el *derecho* puede acudir a la *moral* para la configuración del orden jurídico o para sentar las bases de su aplicación; la sentencia C-481 de 1998 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero), por la cual se declaró inexequible la consideración del homosexualismo como causal de mala conducta en el Estatuto Docente; la T-097 de 1994 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), sobre la misma temática en relación con miembros de las Fuerzas Armadas; la C-239 de 1997 (M. P.: Carlos Gaviria Díaz), sobre el *homicidio por piedad*; la C-224 de 1994 (M. P.: Jorge Mejía Arango), sobre la *moral cristiana* como fuente de derecho, sentencia sobre la cual trata uno de los apéndices de jurisprudencia, de esta obra; la T-503 de 1994 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa), en la cual se aborda la definición de la *moral*; la T-377 de 1995 (M. P.: Fabio Morón Díaz) sobre la *moral* como fin educativo; la T-620 de 1995 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa), sobre *derecho a la intimidad personal y familiar, vida moral y moral social*; la T-393 de 1997 (M. P.: José Gregorio Hernández Galindo), sobre *función educativa, moral* y *religión;* la T-972 de 1999 (M. P.: Alvaro Tafur Galvis), sobre idoneidad del docente encargado de la *educación física y moral.* Una relación detallada de las numerosas sentencias de la Corte Constitucional, la mayor parte de ellas de tutela, que tienen que ver con el tema, se encuentra en MAURICIO A. PLAZAS VEGA, *Kant: el Newton de la moral y del derecho*, Bogotá, ed. cit., págs. 76 a 86.

cer o ignorar las leyes inicuas que impongan la fuerza y el terror.

Ese tema revive siempre que se aborda cualquier materia que tenga que ver con la promulgación de leyes manifiestamente injustas y lesivas de principios fundamentales reconocidos por la moral colectiva. Tal es el caso de muchas de las "normas" impuestas por la fuerza, y al amparo del terror, por los regímenes autoritarios y totalitarios[3]; "normas", cuyos alcances sorprenden y provocan la emotiva solidaridad de quienes dedicamos parte de nuestra tranquilidad a reflexionar sobre lo que ha sido y puede ser el imperio de la iniquidad y sobre la actitud que, ante su presencia, deben adoptar los hombres que la soportan, en su propio interés y en el de la comunidad que integran.

Porque no se trata simplemente de definir si hay una obligación *prima facie* de obedecer el derecho positivo[4], por injusto que sea, sino si obran bien los súbditos que se resignan impasibles ante el dominio de la fuerza, para observar los "actos" de "las autoridades" desde un estrecho recinto gobernado por el temor y la impotencia, con la esperanza de no

[3] Véase, sobre este tema, a MAURICIO A. PLAZAS VEGA, *Ideas políticas y teoría del derecho*, Bogotá, Edit. Temis-Universidad del Rosario, 2003, y en particular el título III, sobre *Totalitarismo y autoritarismo, sus fuentes y su entorno*. Las secciones I y II de este capítulo corresponden a los apéndices de ese mismo título.

[4] Véanse al respecto los interesantes planteamientos expuestos por M. B. E. SMITH en su ensayo intitulado "¿Hay una obligación prima facie de obedecer el derecho?", trad. Francisco Laporta, en la compilación de trabajos intitulada *Derecho y moral*, coordinación y dirección de Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Barcelona, Ariel, 1990, págs. 183 a 203.

ser alcanzados por la violencia irracional del régimen. Si en la doctrina se discute si hay una "obligación moral" de obedecer las "leyes justas", con mayor razón es de recibo indagar hasta dónde llega el deber de obedecer las "leyes injustas" y, ante todo, para superar en el mayor grado posible la subjetividad que supone cualquier posición sobre estos temas, qué tan acorde con la moral es exigir una disposición a cumplir las "leyes" perversas que profieran los "usurpadores" del poder, así sea tras el manto aparente de la "legitimación popular"[5].

Ese debate sobre el ámbito de la moral y del derecho, latente a lo largo de la historia de la filosofía y en buena me-

[5] La importancia del tema es de tal magnitud, que la doctrina discute, con las más vanadas posiciones, hasta dónde puede llegar la "obligación moral" de "obedecer el derecho". Aún más, ha llegado a decirse que tal obligación no existe, porque la conciencia no permite esa clase de generalizaciones sino que, a lo sumo, impone a los asociados un deber de "respeto por el derecho" que puede tener como consecuencia la disposición a cumplirlo pero no la obligación (*v. gr.* Joseph Raz y su obra intitulada *Actitudes morales hacia el derecho*). En otros casos, se ha acogido la obligación moral en comentario pero únicamente en relación con las "leyes justas". Véase, al respecto, a Eusebio Fernández García, *La obediencia al derecho*, Madrid, Civitas, 1987, págs. 73 a 115. Entre quienes sostienen que hay una obligación moral de obedecer el derecho pero en la medida en que nos encontremos ante leyes "justas", sobresalen el citado Eusebio Fernández García, D. D. Raphael y, de modo especial, John Rawls. A juicio del reconocido filósofo norteamericano, "la injusticia de una ley no es, por lo general, razón suficiente para no cumplirla [...]"; "[...] cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, estimada por el actual estado de las cosas, hemos de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre que no excedan ciertos límites de injusticia". Véase a John Rawls, *Teoría de la justicia*, trad. María

dida propuesto ya por los sofistas y por los grandes pensadores de la antigua Grecia, como bien lo ha expuesto GARCÍA MÁYNEZ[6], ha adquirido su más acabada expresión en los últimos siglos a partir de los precisos planteamientos de CRHIS-

---

Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pág. 321. A partir de esos planteamientos, RAWLS desarrolla su "teoría sobre la desobediencia civil y su viabilidad dentro del sistema constitucional". Véase, *ibidem*, págs. 325 a 355. Sobre el tema de la "desobediencia civil" y la "objeción de conciencia", tan pertinente para toda reflexión que tenga que ver con las relaciones entre el derecho y la moral, suele recordarse a HENRY D. THOREAU y su actitud de rechazo a los procedimientos utilizados por los Estados Unidos para hacerse al territorio de Texas y su valiente crítica al esclavismo. THOREAU, quien estuvo en prisión por negarse a pagar los "impuestos sobre los votantes", proclamó la alternativa de la "desobediencia civil" ante las leyes injustas y la inactividad del Gobierno para superarlas. En ese sentido, su actitud se une a la de personajes como GANDHI o LUTHER KING. Véanse sobre el particular, entre otros textos, los siguientes: HENRY D. THOREAU, *Desobediencia civil y otros escritos*, trad. María Eugenia Díaz, Madrid, Tecnos, 1999; JORGE F. MALEM SEÑA, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Madrid, Ariel, 1990, obra en la cual el autor tiene el mérito de diferenciar con claridad las nociones de "desobediencia civil" y "objeción de conciencia", las cuales entrañan, en su orden, una actitud ilegal de negativa a acatar determinadas normas vigentes o el ejercicio de un derecho constitucional de rechazo de medidas gubernamentales; y MICHAEL RANDLE, *Resistencia civil*, trad. Luis M. Romano Haces, Buenos Aires, Paidós, 1999, obra en la cual se alude a los diversos mecanismos a que puede acudir la colectividad para no colaborar con el Estado, mecanismos que pueden ir de la simple protesta a la intervención no violenta, las huelgas de hambre y la desobediencia civil organizada. Sin embargo, de lo que aquí se trata es simplemente de examinar lo relativo a la actitud que deben y pueden tomar los jueces en presencia de leyes inicuas que contravengan principios de la moral universal.

TIAN TOMASIUS[7]. Y se concreta, en gran parte, en definir si el derecho es válido o no, como tal, aunque sea inmoral; o, en otras palabras, si la ley injusta y contraria a los preceptos de la moral constituye derecho o no; si el "derecho positivo", además de ser "formalmente válido" según el procedimiento atendido para crearlo sea el que rige en el "sistema jurídico", ha de ser "intrínsecamente válido".

Se sabe que hay claros criterios que permiten distinguir la moral y el derecho: el ámbito del derecho es "externo", en tanto que el ámbito de la moral es "interno"; las infracciones al derecho están sometidas a una sanción legal impuesta por un tercero, como es el juez, en tanto que la vulneración de los preceptos de la moral tiene en la conciencia de quien la comete la medida de su valoración y su castigo, no siempre desde una perspectiva religiosa que atienda los mandatos del Ser Supremo; tanto la comprensión como la aplicación de las normas de la moral tienen una dimensión "unilateral", porque su contexto es el espíritu del sujeto manifestado en su con-

[6] Véase, EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1974, págs. 51 a 105.

[7] THOMASIUS, digno representante de la ilustración alemana de los siglos XVII y XVIII, crítico decidido del "antiguo régimen" y profesor de derecho natural en la Universidad de Halle, advertía con rigor la diferencia entre el orden externo del derecho y el interno de la moral y reparaba en la distinción entre "obligación interna" y "externa" y entre los "consejos", no sujetos a la coacción sino a los dictados de la conciencia, y las "imposiciones". Para el sabio "la obligación es más interna que externa" porque "los buenos odian pecar por amor a la virtud". Véase su célebre obra intitulada *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, trad. Salvador Rus Rufino y María Asunción Sánchez Manzano, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 195.

ciencia, en tanto que la dimensión del derecho es "bilateral" o "multilateral", porque tiene que ver con la concurrencia de los unos con los otros, con las implicaciones de las acciones propias en relación con la libertad y con los derechos de los demás[8]; la moral, dada su esencial proyección en el orden interno, tiene un alto componente subjetivo para la medida de sus principios y normas, en tanto que el derecho, al menos en su expresión positiva a través de las leyes vigentes, sugiere una dimensión objetiva para la integración de sus normas.

Y los puntos de vista de los diversos autores que abordan el tema suelen coincidir, a partir de todos o algunos de los criterios expuestos, en que el derecho y la moral son dos órdenes diferentes. En ese sentido, acierta GIORGIO DEL VECCHIO al precisar que las dos grandes dimensiones normativas de las acciones humanas, en su proyección externa e interna, son el derecho y moral; que la ética involucra a los "actos humanos" en relación con "el sujeto mismo" a quien se atribuyen (ámbito de la moral) y en relación con "los actos de otros sujetos" (ámbito del derecho)[9].

Sobre esas bases el debate, en esta materia, se concreta en establecer cuál es el grado de relación o vínculo que une

[8] IMMANUEL KANT definía el derecho como "el conjunto de condiciones a través de las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad". Véase *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 35.

[9] Son ampliamente reconocidos los planteamientos del iusfilósofo italiano en torno a las relaciones entre el derecho y la moral, las cuales vislumbró desde una perspectiva neokantiana. Véase, GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, trad. Luis Recaséns Siches y revisión de Luis Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 320 a 338.

al derecho con la moral. Porque, según una estricta concepción "positivista", hay una separación insalvable que descarta cualquier tipo de especulación entre el "derecho que es" (derecho vigente) y el "derecho que debe ser", como en general excluye la "contaminación" de la esfera "del deber ser" con especulaciones sobre el "ser", todo ello en razón de que el derecho es esencialmente "prescriptivo" y no "descriptivo". El iusnaturalismo, por su parte, proclama una relación esencial y necesaria entre el derecho y la moral, a partir de su criterio de valoración del derecho en función de lo "justo". La doctrina del derecho natural, descarta que las leyes injustas sean derecho porque "lo propio del saber jurídico es averiguar qué es lo justo"[10]; pero no identifica el derecho con la moral, en absoluto, ni pretende que la ley natural trascienda el ámbito de lo jurídico para limitar su vigencia al fuero interno de la conciencia individual.

La polémica se ha prolongado por muchos años y en buena parte ha tomado partido en las últimas décadas por el

[10] Una explicación clara y concreta sobre los alcances del iusnaturalismo y su comparación con otras concepciones iusfilosóficas, puede apreciarse en el prólogo de la profesora colombiana ILBA MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA a la obra de CARLOS AUGUSTO MESA POSADA intitulada *La ley natural en Santo Tomás*, Chía (Colombia), Universidad de La Sabana, 1998, págs. 5 a 35. HOYOS alude, en particular, a las siguientes expresiones del pensamiento jurídico: el "realismo jurídico" (aquí denominado "realismo metafísico", para distinguirlo de los "realismos jurídicos" escandinavo y norteamericano), defendido, entre otros por ARISTÓTELES y Santo TOMÁS DE AQUINO, a la luz del cual "lo propio del saber jurídico es averiguar qué es lo justo"; el "voluntarismo jurídico", de GUILLERMO DE OCKHAM y FRANCISCO SUÁREZ, entre otros, a cuyo criterio el derecho se concibe como "derecho sobre la cosa", como "derecho subjetivo o facultad moral sobre la cosa", de manera que la justicia no se traduce tanto

discurso positivista de la separación estricta, a través de su consciente o inconsciente adopción por los programas de formación de los juristas que se han estructurado con posterioridad a la magna obra de HANS KELSEN, su más reconocido y autorizado representante. Discurso que, con similar horizonte, en particular en el sistema anglosajón pero con reconocidas proyecciones en el pensamiento romano germánico, ha atendido el valioso legado del profundo JEREMÍAS BENTHAM y de su discípulo JOHN AUSTIN.

Obras de tan profundo contenido y alcance como *El concepto de derecho* de H. L. A. HART, en la cual el profesor de Oxford insiste en que el derecho positivo no deja de serlo porque sea inicuo o entrañe claras manifestaciones de maldad e injusticia[11], han contribuido, junto con otras cuya mención en este ensayo sería innecesaria, a consolidar esa misma tesis y a facilitar su difusión en las facultades de jurisprudencia.

---

en "dar a cada cual lo suyo" como en "dar a cada cual su derecho subjetivo"; y el "normativismo jurídico", con KELSEN como su más reconocido representante, a la luz del cual "las leyes son el derecho y el derecho es la ley, siendo la función del jurista interpretar y aplicar la ley". Véase, *ibidem*, págs. 10 a 12. La misma profesora HOYOS CASTAÑEDA, en el prólogo a la obra de JAVIER HERVADA intitulada *Introducción crítica al derecho natural*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis-Universidad de La Sabana, 2000, págs. XIII a XXXIII, es enfática al defender la posición iusnaturalista que comparte con HERVADA: "[...] el derecho natural debe ser estudiado, como todo derecho, desde la perspectiva del jurista, que no es la del moralista, ni la del filósofo ni la del político. El derecho natural, por tanto, no es moral ni filosofía ni política: es verdadero derecho. Su técnica y su método son jurídicos; luego quien lo estudia y lo conoce es el jurista" (cfr. *ibidem*, pág XVII).

[11] Véase a H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Garrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, págs. 247 a 261. HART dice

No obstante, a partir de la importante reflexión de GUSTAV RADBRUCH, quien tras los crímenes cometidos por los nazis tuvo el valor de abandonar públicamente su viejo discurso sobre la separación estricta del "derecho" y la "moral" para reconocer que la ley positiva tiene un contenido que puede ser determinante de su validez, día a día renace, y se renueva, la concepción según la cual las leyes que contravienen los grandes principios de la moral no son "derecho" o tales principios deben obrar como contexto para las decisiones de los jueces en los "casos difíciles" o en las "zonas de penumbra" que dijera HART. Tal es el ámbito temático de recientes teorías sobre el derecho, cuya simple y breve enunciación así lo pone de presente:

La controvertida pero importante obra de DWORKIN, y sus planteamientos contra la discrecionalidad de los jueces, amparados en principios que subyacen tras las normas jurídicas y descartan la arbitrariedad, siempre en pro de los derechos individuales en relación con los cuales denuncia que "la teoría dominante (léase el utilitarismo y el positivismo) falla porque rechaza la idea de que los individuos pueden tener derechos contra el Estado que sean previos a los derechos

---

sobre el particular "Mientras que los seres humanos puedan obtener suficiente cooperación de algunos para permitirles dominar a otros, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Hombres malvados dictarán reglas malvadas que otros aplicarán". Y agrega, al respecto, que de nada sirve que alguien sostenga que el derecho en cuestión no es válido si, en todo caso, se impone por la fuerza a los miembros de la colectividad. En ese sentido, como él mismo lo advierte, acoge y desarrolla viejos planteamientos de JEREMÍAS BENTHAM y de JOHN AUSTIN. Véase, *ibidem*, págs. 259 a 261.

creados por la legislación positiva"[12]. Para DWORKIN, como se sabe, los jueces sí pueden y deben ofrecer "respuestas correctas" desde la perspectiva de la moral, aunque para ello tengan que dedicar su mayor esfuerzo, como si tuvieran que desempeñar el papel de HÉRCULES para cumplir su misión[13].

La de ROBERT ALEXY, en torno a la "pretensión de corrección" que gira alrededor de la justicia y define y delimita al derecho; a tal punto que, en palabras del mismo ALEXY "los sistemas normativos que no formulan la pretensión de corrección no son sistemas jurídicos" sino "sistemas de poder, fuerza y coerción, más allá de las categorías de lo correcto y lo incorrecto, y de lo justo o injusto"[14].

[12] RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, pág. 36. Sobre la relación entre la moral y el derecho, el reconocido discípulo de HART cuestiona la tradición positivista de la estricta separación y, en su lugar, afirma que "cualquier teoría del derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa" (*ibidem*, pág. 27).

[13] DWORKIN ha sido consciente de las diversas objeciones que han calificado sus planteamientos como "iusnaturalistas". Pero, como corresponde a su pensamiento liberal y a la profundidad de sus convicciones, no ha dudado en responder: "si toda teoría que determina que el contenido del derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista, entonces soy culpable de iusnaturalismo. No me interesa si esta cruda caracterización es históricamente correcta, o si consigue distinguir el iusnaturalismo de las teorías del derecho positivistas. Mi interés actual es el siguiente: supongamos que eso es iusnaturalismo: ¿qué hay de malo en ello?" (RONALD DWORKIN, "Retorno al derecho natural", trad. Santiago Iñiguez de Onzoño, en *Derecho y moral*, compilación de BETEGÓN y DE PÁRAMO, *op. cit.*, pág. 23.

[14] Apartes de la réplica de ROBERT ALEXY a EUGENIO BULYGIN, en ROBERT ALEXY y EUGENIO BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre el derecho y la moral*, trad.

La del neoiusnaturalista católico australiano JOHN MITCHELL FINNIS, en torno a los criterios de *razón práctica* que informan el acatamiento del *derecho* y la obligación moral de obedecer el *derecho,* que fluye del propio interés personal por preservar la credibilidad y la confianza ante los otros y del interés individual y colectivo por el *bien común.* A su juicio, las *leyes injustas*, por carecer de "autoridad moral", por no ser expresión del *derecho natural*, no son obligatorias a menos que, por excepción, deban ser acatadas en interés del *bien común*[15].

O la de propio LUIGI FERRAJOLI quien, desde el neopositivismo, ha insistido en que el derecho supone el respeto y la preservación de las garantías y derechos fundamentales de los asociados y no se limita a las normas que a bien tenga proferir el legislador, para arribar a una conclusión que pone de presente los nuevos vientos con que se miran hoy la relación entre el derecho y la moral y la validez de las normas: "Ni siquiera el legislador, en el Estado de derecho, es omnipotente. Y también la ley, tanto más si tiene por objeto el uso de la violencia, se encuentra sujeta a límites legales, no solo de forma sino también de contenido". De ahí que las leyes que autoricen una violencia institucional desmedida y arbitraria, propias de una "mera" y no de una "estricta legalidad", aunque sean legítimas respecto de ellas mismas no lo son "respecto del modelo constitucional del Estado de derecho"[16].

Paula Gaido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, págs. 109 y 110.

[15] Cfr. su obra más conocida intitulada *Natural law and natural rights*, Oxford Clarendon Press, 1980.

[16] LUIGI FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 95.

Desde nuestro punto de vista, esa doble expresión normativa de las acciones humanas a que alude DEL VECCHIO, es precisamente la causa por la cual entre el derecho y la moral debe existir una relación conceptual[17], necesaria, fruto de la cual es viable negar la condición de "derecho" de las leyes que contrastan con los grandes principios de la moral.

No se trata de defender aquí la existencia de una ley universal que los hombres han de descubrir como definitoria de la validez del derecho positivo. Se trata de advertir que, no obstante la autonomía que caracteriza a la moral individual, es un hecho que en las diversas comunidades humanas sus integrantes participan de algunos principios fundamentales que, aunque no estén consagrados en el derecho positivo ni sean estrictamente jurídicos, al menos desde el punto de vista formal, son y deben ser acatados por todos. Esos principios, que bien pueden designarse como propios de la "moral colectiva", tienen una relación necesaria con el derecho, y al mismo tiempo, obran como su contexto y como condición de su validez. Cuando trascienden el entorno de una determinada comunidad o dimensión estatal, para ser reconocidos por la generalidad de los pueblos, adquieren ese mismo alcance, pero ya no en lo relativo a cada grupo humano sino a la comunidad de las naciones. Lo cual no descarta la posibilidad de que tales principios de la acción humana no hayan sido acogidos por ciertos grupos o comunidades que, de manera excepcional y por razones peculiares de tipo étnico, cultural o histórico, sigan otras directrices que contrasten con las que en general atiende la comunidad de las naciones; directri-

[17] Véase, ALEXY y BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho*, *op. cit.*, págs. 95 a 115.

ces que, en todo caso, no son el fruto del terror y del capricho de líderes o grupos advenedizos sino de toda una evolución del ser colectivo que en, su expresión jurídica, inviste de validez intrínseca a las leyes que origine.

Cuando quiera que, por el imperio de la barbarie y el horror, la colectividad tenga que sufrir el flagelo de leyes arbitrarias que lesionen los derechos humanos y los grandes principios de la moral universal, debe negarse a las "normas" correspondientes su condición de jurídicas, porque no son derecho. No pueden serlo, porque el derecho no se agota en las normas sino que tiene un contenido que lo nutre a partir de la realidad y de la justicia. Su estructura es tridimensional y, como tal, supone, además de las normas vigentes, un valor prenormativo de justicia y una fundamentación fáctica que delimitan su contenido y su aplicación.

Sobre esas bases, la distinción entre el "derecho que es" y el "derecho que debe ser", sólo tiene un valor relativo cuyos alcances deben ser evaluados en cabal forma, de manera que no se confunda el momento de la "formación de los juristas" con el de la "aplicación del derecho". Esa confusión, bueno es advertirlo, ha tenido perniciosos efectos en algunos programas de formación de juristas que, preocupados en exceso por el "derecho vigente", no reparan en la vital importancia que representa la "teoría", en el más estricto sentido de la expresión, para la fundamentación intelectual y moral de quienes habrán de cumplir la digna misión de ejercer como abogados.

La "formación de los juristas" debe girar, de modo fundamental, en torno al "derecho que debe ser" y, por consiguiente, implica un permanente contacto del derecho con la moral, del "deber ser" con el "ser", sin que ello implique

ignorar el "derecho vigente". Los programas para el estudio del derecho, por consiguiente, deben hacer especial énfasis en la teoría, aunque aborden el derecho positivo como su expresión concreta.

La "aplicación del derecho", en cambio, ha de tener en cuenta, de modo primordial, el "derecho vigente", el "derecho que es", y en particular la ley positiva que rige en un momento dado; pero no puede hacer caso omiso del "derecho que debe ser".

Porque si bien es cierto que no toda norma de la moral es norma jurídica, según ha quedado expuesto, no por ello es viable concluir, sin reservas, que el derecho puede ser inmoral. Tal afirmación solo es aceptable desde una perspectiva de la moral limitada al aspecto subjetivo de la conciencia del individuo y de su percepción sobre el contenido de las normas jurídicas.

En definitiva, las "leyes" de los regímenes autoritarios, en cuanto infrinjan los principios a que aquí se alude, no son derecho, no tienen valor como tales. Por tal motivo, como en su momento lo expusiera RADBRUCH para resolver el problema del entorno jurídico que debían tener en cuenta los tribunales alemanes e internacionales al pronunciarse sobre hechos ocurridos mientras regía el totalitarismo nazi, los jueces pueden y deben desconocer las leyes injustas e inmorales que la fuerza y el miedo hayan impuesto. No se trata de abrir las puertas a la inseguridad jurídica porque ha de ser el juez, y no cualquier persona, quien se pronuncie sobre el particular; se trata, por el contrario, de dejar a salvo los derechos y garantías de los asociados ante los impredecibles abusos que, en nombre de "la ley", pueden protagonizar los agentes del "auto-

ritarismo", y lo han hecho, como verdaderos mensajeros del odio, la venganza y el resentimiento.

Se ha dicho que la separación estricta del derecho y la moral es condición imprescindible para la seguridad jurídica; y, en ese mismo orden de ideas, se ha sostenido que la connivencia del derecho y la moral puede generar efectos contrarios a los pretendidos por quienes abogan por el contenido ético del sistema de normas. Quienes así se pronuncian, aducen que en nombre de la moral "las autoridades" pueden cometer las más deleznables arbitrariedades a través del desconocimiento estratégico de la ley, sin más limitación que el capricho y la fuerza efectiva de quien detente el poder político. Y reparan, en última instancia, en que buena parte de los crímenes y excesos del nacionalsocialismo giró alrededor de una identificación amañada del derecho y la moral, a la luz de la cual la ley del Fuhrer y la moral del ario, como misionero del mundo, concurrieron para justificarlo todo, sin ningún reparo[18].

No obstante, las arbitrariedades e iniquidades en que suelen incurrir los regímenes autoritarios, en la misma medida en que emanan de la voluntad incuestionable del líder carismático que personifica el poder, pueden ser encubiertas tras el manto de las leyes que se profieran en el entorno de terror y barbarie que los caracterizan. En presencia del autoritarismo o del totalitarismo, la ley es lo que a bien tenga establecer el caudillo, el partido o la elite gobernante y halla su

[18] Véase, a manera de ejemplo, MÁXIMO PACHECO, *Teoría del derecho*, Bogotá-Santiago, Temis- Jurídica de Chile, 1990, págs. 77 y 78. En similar sentido, véase también, EDGAR BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, págs. 94 a 103.

legitimidad y su eficacia precisamente en el hecho de ser la ley, sin que sea necesaria ninguna consideración adicional. GOERING lo afirmaba sin ambages: "la ley y la voluntad de Hitler son la misma cosa" y FRANK, por su parte, no podía ser menos elocuente al describir el norte que debían observar los jueces al aplicar el derecho: "¿Cómo juzgaría el Fuhrer en mi lugar?"[19].

Bien decía BENTHAM, y con él AUSTIN y posteriormente HART, que la distinción entre el ámbito del derecho y el ámbito de la moral es de particular trascendencia para definir lo relativo a validez del derecho[20]. En condiciones normales y

[19] Estas dos citas se encuentran en la *Teoría del derecho*, de PACHECO, *op. cit.*, pág. 77, y liberan de cualquier análisis adicional para poner de presente lo que significan ley y la moral en los regímenes totalitarios.

[20] H. L. A. HART ha reconocido en numerosas oportunidades la trascendental importancia que para el pensamiento jurídico inglés en general, y para su propia obra en particular, representaron JEREMÍAS BENTHAM y su connotado discípulo JOHN AUSTIN. Acaso uno de los aportes de mayor trascendencia de BENTHAM, y posteriormente de AUSTIN, ha sido precisamente el relativo a la diferenciación del ámbito de lo jurídico y el ámbito de lo moral. Sobre el particular, decía BENTHAM: "La moral en general es el arte de dirigir las acciones de los hombres de modo que produzcan la mayor suma posible de felicidad; la legislación debe tener precisamente ese mismo objeto. Pero aunque estas dos artes o estas dos ciencias tengan un mismo objeto se diferencian mucho en su extensión" Véase JEREMÍAS BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, versión preparada por Magdalena Rodríguez Gil con base en la traducción al español efectuada por Ramón de Salas con fundamento en los manuscritos ordenados por Esteban Dumont, Madrid, Editora Nacional, 1981, pág. 75. A renglón seguido, BENTHAM expone sus célebres criterios de distinción entre el derecho y la moral y hace énfasis en el papel definitivo que juega la pena para que la legislación influya verdaderamente en la

en un contexto de respeto a la dignidad de la persona y en general a sus derechos fundamentales, no hay por qué indagar si las leyes son morales o inmorales, aun a pesar de las críticas que puedan presentarse en torno al "derecho que debería ser"; o, lo que es lo mismo, la validez de las leyes dependerá por lo general del acatamiento de las condiciones en que procede la creación del derecho positivo. Pero en condiciones anormales, en medio de la arbitrariedad, el terror y la violación persistente de los derechos fundamentales de las personas, no solo es posible sino indispensable arribar a enjuiciamientos morales para establecer la validez de las leyes promulgadas por "las autoridades".

Y no se pretende sugerir aquí que los crímenes y arbitrariedades del nacionalsocialismo o del fascismo tuvieron como causa o sustento el positivismo jurídico o la obra de HANS KELSEN. Basta recordar, al respecto, como hecho de especial relevancia, que el maestro de Viena tuvo que refugiarse en Norteamérica para no ser atropellado por los nazis. Como no podía ser de otra manera, si se tiene en cuenta que no solo era de origen judío sino que rechazó los excesos de la dictadura y defendió la democracia parlamentaria, en términos cuya cita es igualmente oportuna:

"Ocurre que la extrema izquierda del partido proletario abandona el ideal democrático creyendo que el proletariado no puede conquistar el poder dentro de esta forma, al menos en el plazo previsible, mientras que la extrema derecha de los

---

conducta de los hombres. Este último criterio fue acogido y desarrollado por AUSTIN, para quien el derecho entraña esencialmente un mandato, como tal imperativo e incontestable, que tiene su más clara manifestación en la pena que deba tener que soportar quien lo incumpla. He ahí el eje de la distinción entre el derecho y la moral.

partidos burgueses hace lo mismo, pensando que la burguesía no podrá defender el poder político, siquiera por mucho tiempo, dentro de la democracia. En el oscuro horizonte de nuestro tiempo, asoma el rojo resplandor de un astro nuevo: la dictadura del partido, dictadura socialista del proletariado, o dictadura nacionalista de la burguesía; tales son las dos nuevas formas de la autocracia"[21].

Es en extremo gratuito pretender que los crímenes del nacionalsocialismo fueron una consecuencia del *positivismo,* como se ha llegado a concluir a partir de planteamientos como los de GUSTAV RADBRUCH RADBRUCH esgrimidos en el marco de la profunda reflexión que tuvo que hacer con motivo de la larga noche nazi en Alemania[22]. Dice RADBRUCH:

"El positivismo, con su convicción de que *la ley es la ley*, ha vuelto indefenso el orden de los juristas contra las leyes de contenido arbitrario y criminal. Por otra parte, el positivismo se halla incapacitado totalmente a fundar por sus

[21] La cita se aprecia en el Estudio Preliminar de MANUEL ARAGÓN relacionado con la obra de KARL SCHMITT intitulada "Sobre el parlamentarismo", trad. Thies Nelson y Rosa Grueso, Madrid, Tecnos, 1996, pág XXIV.

[22] El profesor FRANCISCO LAPORTA, por ejemplo, no ha dudado en criticar a RADBRUCH por su emotiva pero extrema descalificación del positivismo amparada en la perniciosa influencia que pudo haber tenido en la barbarie del nacionalsocialismo. LAPORTA pone de presente dos errores en que incurre RADBRUCH al cuestionar el "sistema jurídico" nazi desde la perspectiva del antipositivismo: en primer lugar, no haber tenido en cuenta que el "pensamiento jurídico" nazi "era más bien iusnaturalista que positivista"; y en segundo lugar, una mala interpretación sobre lo que sostiene el positivismo acerca de la validez intrínseca de las leyes. Véase a LAPORTA, *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1995, págs. 26 a 28. Sin embargo, la crítica en cuestión sólo es admisible si, a partir

propias fuerzas la validez de las leyes. Él cree haber podido fundar la validez de una ley por el solo hecho de haber poseído la fuerza de imponerse. Pero sobre el poder podrá si acaso fundarse la necesidad de un comportamiento, jamás un deber ser (*sollen*) y un valer. Este se deja más bien fundar sobre un valor que inhiere en la ley. Un valor posee, sin duda, toda ley positiva sin consideración a su contenido, porque al menos procura seguridad jurídica. Pero la seguridad jurídica no es el único ni tampoco el valor decisivo, que el derecho tiene que realizar. Junto a la seguridad jurídica intervienen otros dos valores: conveniencia y justicia. En la jerarquía de estos valores tenemos que colocar a la conveniencia del derecho para el bien común en último lugar. En ninguna forma es el derecho aquello que *es útil al pueblo*, sino que en última instancia es útil al pueblo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y aspira hacía la justicia".

"La seguridad jurídica, que es propia de toda ley a causa de su positividad, ocupa una posición intermedia entre la conveniencia y la justicia: es, por una parte, exigida por el bien común y, por otra parte, también por la justicia. Que *el derecho* es seguro, que no es hoy interpretado y aplicado de tal manera y mañana de otra, es al mismo tiempo una exigencia de la justicia. Allí donde surge un conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, entre una ley impugnable por contenido, pero positiva, y entre un derecho justo pero no vertido en forma de ley, reside en verdad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre la justicia aparente y la real" [...] "El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería pues, ser resuelto de tal manera que el derecho po-

---

del pensamiento de RADBRUCH, se concluye que el positivismo fue una de las causas de los crímenes del nacionalsocialismo.

sitivo asegurado por la ley y el poder tiene preeminencia aun en su contenido, sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance tal medida, que la ley como *derecho arbitrario* deba ceder ante la justicia"[23].

Con todo, como se anota en la Sección II de este Capítulo, con ocasión del análisis sobre el *contrato social,* lo que cabe rescatar del pensamiento del profesor alemán es su crítica enfática a la identificación positivista del *derecho con la ley.* Esa identificación conduce a la aceptación de las normas inicuas como parte del *derecho*; pero de ninguna manera significa que los horrores de los nazis hubieran sido ocasionados por el positivismo.

Ni el iusnaturalismo ni el positivismo, como concepciones del derecho igualmente respetables, tienen responsabilidad alguna en los vejámenes cometidos por las "autoridades" nacionalsocialistas y fascistas. De hecho, en el entorno del totalitarismo la propia discusión sobre el alcance de la moral y de la ley es innecesaria e inútil, porque la una como la

[23] GUSTAV RADBRUCH, *El hombre en el derecho*, trad. Aníbal del Campo, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, págs. 134 y 135. En ese aspecto, el autor de esta obra se identifica plenamente con el profesor FRANCISCO LAPORTA, quien no ha dudado en criticar a RADBRUCH por su emotiva pero extrema descalificación del positivismo amparada en la perniciosa influencia que pudo haber tenido en la barbarie del nacionalsocialismo. LAPORTA pone de presente dos errores en que incurre RADBRUCH al cuestionar el "sistema jurídico" nazi desde la perspectiva del antipositivismo: en primer lugar, no haber tenido en cuenta que el "pensamiento jurídico" nazi "era más bien iusnaturalista que positivista"; y en segundo lugar, una mala interpretación sobre lo que sostiene el positivismo acerca de la validez intrínseca de las leyes. Véase a LAPORTA, *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1995, págs. 26 a 28.

otra se confunden con lo que a bien tengan disponer el caudillo y sus secuaces. No hay espacio alguno para las controversias sobre el contenido del derecho y sus relaciones con la moral, porque todo lo que tiene que ver con las acciones humanas, independientemente de su unilateralidad o bilateralidad, debe someterse a la "filosofía" militante y confesional que domina a la colectividad y la reduce a la condición de "masa" aterrorizada y enferma. Lo que no autoriza la ley totalitaria, lo permite la misión providencial que proclaman el líder o el partido y su implacable coro de aduladores al amparo de mitos que imponen por la fuerza como una "verdad" que nadie puede controvertir[24].

Sección II.— *La apelación al contrato político*

El desconocimiento de los principios del derecho liberal, la constante violación de los derechos fundamentales y libertades públicas y la afrenta ignominiosa a los derechos humanos y a la libertad de las personas fueron de tal magnitud en los regímenes totalitarios europeos de entreguerras, que dieron lugar a una justificada reflexión, desde la teoría, en torno al verdadero significado del derecho y al valor y los alcances del "sistema de normas". Reflexión que también es pertinente, por supuesto, en lo que atañe a regímenes autoritarios como los que hubo de soportar por muchos años América Latina.

[24] Una emotiva pero profunda descripción sobre lo que significa el "terror" para la acción totalitaria puede apreciarse en HANNAH ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, vol. III, El totalitarismo, versión española de GUILLERMO SOLANA, Madrid, Alianza, 1982, págs. 595 a 616. Los puntos de vista de ARENDT sobre el tema se identifican con el sugestivo título de "Ideología y terror: una nueva forma de Gobierno".

Porque si el derecho se agota en las normas vigentes y solo depende de la voluntad de quien ostenta el poder de crearlas, en el orden social, tendría que aceptarse que cuanto a bien disponga el "legislador" es de recibo y debe acatarse sin reservas, debido a que pasa a hacer parte del "sistema de normas" y no tiene otra limitación que su estructura jerárquica, su validez formal.

Según ese criterio, las medidas de los dictadores y tiranos que suelen imponerse con su demagogia en las sociedades en crisis, por el simple hecho de emanar de su arbitraria voluntad, constituyen "derecho", sin objeción alguna; porque, dadas las circunstancias, los "legisladores de la arbitrariedad" cuentan con el poder suficiente para crear las normas que consideren necesarias o convenientes para la causa salvadora que dicen personificar.

He ahí, en el ámbito de lo jurídico, la más cruda expresión de lo que pueden significar el autoritarismo y el totalitarismo: el "fuhrer", el "duce", el "general", el "comandante", el "hombre fuerte", el "caudillo", el "partido", hacen lo que quieren y cuando quieren, con el único límite de su "buena voluntad", siempre en nombre de "la ley" y al amparo del mito sobre el cual sustentan su "mesiánica" labor.

Suele ocurrir que años después, lustros después, décadas después de su siniestro "legado" de dolor y de arbitrariedad, las "mascotas del poder" y sus aduladores sean sometidos a juicios simbólicos, en los cuales se concentra la indignación de sus víctimas o de los hijos y las viudas de sus víctimas o, más adelante en el tiempo, de los hijos de sus hijos, cuando los gestores de su dolor ya se han marchado o ya no entienden de condenas ni de castigos, sino que se preparan para el único perfecto de los juicios. Pero nadie puede volver

hacia atrás "la rueda de la historia", que dijera el humanista MARX, ni para borrar los crímenes cometidos por "las autoridades", en nombre de "la ley", ni para castigar en el momento oportuno, y con todo el rigor, como debería ser, a quienes los cometieron en medio de la barbarie y del terror institucionalizados.

El "debido proceso", la "presunción de inocencia", el "derecho de defensa" el libre acceso a la administración de justicia", la "reserva de ley tributaria", la "reserva de ley en materia criminal", la "legalidad del gasto público", el "control político" , la "dignidad humana", el "libre desarrollo de la personalidad", la "libertad de conciencia", la "libertad de movimiento", la "autodeterminación de los pueblos", la "libertad de cultos", el "derecho a la vida". Tantas y tan preciadas premisas del ser colectivo, devienen en quimeras cuando se impone el "autoritarismo"; aún más, son consideradas como obstáculos que "las autoridades" simplemente "superan" o ignoran, cuando a bien lo tienen, de la noche a la mañana y sin fórmula de juicio.

En los regímenes autoritarios o totalitarios no hay libertades políticas de ninguna naturaleza; no puede haberlas, porque, como lo denunciaba KELSEN, solo hay un "partido dictador" cuyos miembros, como portavoces de la doctrina oficial y mensajeros del Estado, interfieren arbitrariamente en la libertad ciudadana[25].

Y si bien sería arbitrario pretender que los excesos del totalitarismo hallan su fuente en el positivismo, es oportuno recordar aquí las fundadas preguntas que se hacía el valiente

[25] Véase HANS KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, *op. cit.*, págs.359 y 360.

y profundo GUSTAV RADBRUCH en torno a lo que puede implicar la identificación del derecho con las normas, pocos años después de terminar la pesadilla del nacionalsocialismo:

"¿Deben mantenerse en vigor las medidas adoptadas en cumplimiento de las leyes raciales de Nuremberg? ¿Siguen teniendo validez jurídica, hoy, los actos de confiscación de las propiedades de los judíos, realizados en su día al amparo del que era derecho vigente en el Estado nazi? ¿Deberemos considerar firme y jurídicamente válida la sentencia por la que la judicatura del Estado nazi, a tono con la legislación vigente en él, condenó a muerte, como delito de alta traición, el simple hecho de escuchar una emisora de radio enemiga? ¿Deberemos reputar ajustada a la ley la denuncia que en su día inició el proceso criminal coronado por esta sentencia? ¿Sigue teniendo el valor de una ley, para nosotros, aquel borrador informal con que Hitler, mediante la comunicación del más riguroso de los secretos, desencadenó el asesinato en masa en cárceles y prisiones? ¿Nos consideramos obligados, todavía hoy, a dejar impune un acto punible por el hecho de que se halle amparado por una amnistía mediante la cual el partido encaramado en el poder declaró sustraídos a la acción penal los actos criminales perpetrados por él mismo? ¿Merece la calificación de Estado, en el sentido jurídico de la palabra, un "Estado" que equivale a la dominación de un solo partido, que condena a la muerte a todos los demás y que representa en general, la negación del derecho mismo?[26]".

[26] GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, págs. 178 y 179. En el mismo sentido se expresaba EDGAR BODENHEIMER en momentos en los cuales el régimen nazi inundaba de "leyes" arbitrarias

En un régimen autoritario o totalitario, por lo general, no hay "debido proceso" ni jueces independientes e imparciales. Aún más, suele ocurrir que tan pronto como el "genio" se hace al poder, reforma los Códigos de Procedimiento a su voluntad para establecer juicios expeditos y "ágiles" y penas ejemplares (la muerte o la tortura) que permitan logros inmediatos y efectivos en los cuales el "derecho de defensa" y la "presunción de inocencia" brillan por su ausencia, como ocurrió durante el fascismo a partir de lo dispuesto por el "duce" MUSSOLINI. Y no es extraño que ni siquiera haya juicio, sino que simplemente el capricho del líder carismático se traduzca en sentencia ejecutoriada, como lo recuerda con profunda amargura OSORIO FLORIT al relatar la infame determinación del Fuhrer, del 30 de junio de 1935, de condenar a muerte, sin fórmula de juicio, a centenares de opositores de los nazis, con un argumento contundente que por sí solo, sin

---

a Alemania: "Si queremos conservar el Derecho, hemos de considerar su contenido. Habremos de considerar la manera de hacer la distribución de derechos, poderes y deberes de los individuos, grupos y gobiernos dentro del sistema social, de manera que garantice el imperio y la supremacía del Derecho". Véase *Teoría del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pág. 10. Los planteamientos de RADBRUCH reiteran, en este aspecto, sus puntos de vista sobre las implicaciones del positivismo, transcritos parcialmente en el *Apéndice I,* que hacen parte del texto intitulado *El hombre en el derecho*. En este sentido, se aprecia una tendencia relativamente tridimensional en RADBRUCH que, sin embargo, no justifica el exceso que implicaría hallar en el *positivismo jurídico* la explicación en derecho de la noche nazi. Evidentemente, como se observa aquí, los excesos y crímenes del Nacionalsocialismo no dependieron de posturas iusnaturalistas o positivistas aunque, por supuesto, inviten a la reflexión sobre lo que el derecho es y debe ser.

necesidad de ningún análisis adicional, nos invita a la reflexión y nos conmueve: "yo soy el jefe supremo del pueblo alemán"[27].

En definitiva, el totalitarismo y el autoritarismo no pasaron al archivo de la historia sino que están ahí, en espera de su oportunidad; y los juristas, conscientes sobre el profundo contenido del derecho, no debemos ahorrar esfuerzos para procurar que las mentes de los afligidos no permitan que el fantasma de la arbitrariedad se convierta en hombre o tome la forma de un "partido". En la profesión, en la cátedra, en los libros, en la familia y en la vida cotidiana, los juristas debemos cumplir esa misión, porque nuestra vida es el derecho y las normas originadas en la fuerza y en la arbitrariedad y aplicadas al amparo del terror, no son derecho. De ahí que en lugar de escuchar silenciosos, y en ocasiones compartir, la apelación desperada a un líder con "plenos poderes" que imponga el orden y acabe con el crimen, debamos hacer causa común para que el gran "contrato solución" liberatorio de las cadenas del egoísmo y la injusticia, a que aludiera ROUSSEAU, sea una realidad. No podemos pretender que tan indispensable pacto se concrete simplemente en el acuerdo entre un puñado de guerrilleros y algunos negociadores designados por el gobierno. Se trata de un contrato que a todos nos involucra y en cuya concepción y alcance los juristas debemos aportar cuanto nuestras mentes y nuestras conciencias nos permitan e impongan[28].

[27] Véase, MANUEL OSORIO FLORIT, "Nazismo", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1982, pág. 140.

[28] Sobre la posición del autor en torno al "contrato solución", el lector puede acudir al ensayo intitulado "Las nuevas teorías sobre el contrato político: legitimidad, legalidad y derecho", en Revista *Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 316, junio de 2000, págs. 35 a 77.

La paz no se impone ni puede ser simplemente el fruto de la fuerza, de la opresión, del silencio de las gentes aterrorizadas por una barbarie institucional respaldada por las bayonetas y los juicios arbitrarios. La paz implica un esfuerzo de todos para erradicar las causas de la violencia, las cuales no se limitan al contubernio de fuerzas siniestras al servicio del narcotráfico. La paz exige una disposición al cambio en procura de superar la desigualdad de oportunidades y las odiosas diferencias sociales que agobian a nuestro país. La paz sin educación digna para todos no es posible, por sofisticadas que sean las armas y las estrategias.

Siguen vigentes las conclusiones que en 1999 reseñaba el Alto Comisionado para la Paz, del gobierno de Colombia:

"Queremos una paz que dure y perdure. Lograrla supone alcanzar un convenio político y social entre los colombianos centrado en el interés público, pues sólo así será un pacto de exclusivos ganadores. Esa es una opción colectiva que trasciende las reformas institucionales o la adopción formal de una nueva Carta Política"[29].

"La paz del país demanda la realización de profundas reformas en nuestro sistema político, en nuestras instituciones y en nuestros modelos económicos y sociales; por ello es necesaria la participación de la sociedad colombiana en el proceso de paz para que exista un nuevo pacto político y social"[30].

[29] VÍCTOR G. RICARDO, Discurso de 16 octubre 1999, en *Hechos de paz*, vol. X, Presidencia de la República de Colombia, pág. 27.

[30] VÍCTOR G. RICARDO, Discurso de diciembre 1999, *ibidem*, pág. 32.

Nuestra sociedad necesita grandes y profundas reformas en el orden social y los juristas deben asumir el papel de protagonistas del cambio, conscientes de que el derecho no es un fin en sí mismo sino que obra como instrumento para la convivencia pacífica de los hombres. Nuestro entorno, como ningún otro cuyas contradicciones internas subyacen tras la violencia, no es propicio para las posiciones puristas que pretenden desligar la acción de los juristas de la realidad que le da sentido al derecho.

Los "espíritus vivientes del derecho", que dijera ARISTÓTELES, no se pueden limitar a convivir con las normas sin importar su origen. Es su deber contribuir, a través de sus actos y de su compromiso social, a la consolidación de un ordenamiento positivo transparente y justo, amparado en la libertad y en el interés público y extraño a la arbitrariedad y a la barbarie. El derecho, su razón de vida intelectual, jamás podrá ser compañero del crimen y ni de la persecución arbitraria de los hombres.

Capítulo IX

EL LEGADO JURÍDICO DE IMMANUEL KANT

Los vínculos susceptibles de establecer entre el *derecho* y la *moral*, siempre conducirán a la obra de Inmanuel Kant y a sus consideraciones sobre la *razón práctica* que informa a las actuaciones humanas. Y reflexionar hoy, desde el *derecho*, sobre esas dos expresiones normativas de la vida del hombre, a partir de los textos de Kant, es en extremo importante porque, para los juristas, como desde mucho tiempo atrás para los filósofos, campean felizmente los vientos del reencuentro del *derecho* con la *filosofía* y, con ellos, de la reflexión sobre la *justicia* y el *derecho*, sobre la *moral* y el *derecho*.

Si hace cinco lustros la aproximación al tema se hacía con un criterio didáctico que acogía como premisa la enseñanza de los cauces del *derecho* y de la *moral* al amparo de un kelsenianismo muchas veces inconsciente y desfigurado pero transmitido de unas generaciones de juristas a otras por medio de la cátedra o simplemente del espontáneo proceso de aprendizaje que ofrece el transcurso de la vida[1], hoy se vis-

[1] Un hecho singular evidencia las dificultades que hemos afrontado en América Latina para conocer y entender, en cabal forma, el sistema y el pensamiento de Kelsen, al menos para algunas generaciones de juristas: quienes nos graduamos como abogados en los decenios del sesenta y del setenta no tuvimos la oportunidad de conocer, como estudiantes, la versión española de la segunda edición de *La teoría pura del*

lumbra con un sentido mucho más profundo, como una exigencia inapelable que mucho tiene que ver con las conciencias de los juristas y con la función que deben cumplir en el orden social.

Basta observar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado de nuestro país, aunque sea desprevenidamente, para comprobar que los vientos del presente en muy poco se asemejan a los que imperaban en las aulas universitarias cuando transitamos en ellas quienes nos hicimos abogados en el decenio del setenta. Los libros, los cursos y las propias conversaciones espontáneas de los juristas del presente, jóvenes o viejos, en el terreno de la nueva marea, ofrecen una reflexión cada vez más cercana a las raíces filosóficas de cuanto se deba enseñar o aprender. En la actual vida del *derecho*, el espacio temático de los juristas no se limita a las normas del *derecho positivo vigente,* aunque al cabo de sus análisis puedan llegar a concluir que nada debe haber para ellos que trascienda al sistema normativo. Su conciencia, su vocación y su entorno los conduce, en mayor o en menor grado, a penetrar, por ellos mismos, en las bases de la convivencia humana e indagar sobre lo que el *derecho es* y no simplemente sobre la forma y las condiciones en que se debe aplicar.

Hoy no resulta admisible afirmar sin más, y como cosa dada, que la *moral* no es tema de juristas ni que su horizonte temático, para la aplicación y la interpretación del *derecho*, se agota en las normas jurídicas.

No se trata de pretender que la *moral* y el *derecho* constituyan un solo orden normativo. Semejante conclusión solo es posible, y de manera parcial y precaria, en los regímenes fundamentalistas en los cuales la *religión*, la *moral* y el *de-*

recho forman parte del mismo discurso y de las mismas condiciones para la convivencia de hombres que poco o nada conocen sobre la *libertad* y sobre la *autonomía de su voluntad*, prisioneros, como están, en medio de una *misión* sobre la que no hay preguntas ni respuestas, sino solo militancias.

Se trata de profundizar en las raíces mismas del *derecho*, en su función social y en lo que significa desde el punto de vista de la *libertad* del hombre, de su voluntad de someterse al *poder de coacción*, para ser libre, y de los principios que informan, o deben informar, la sujeción a las normas, sean *morales* o *jurídicas*.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia suele ponerse de manifiesto la constante apelación de las normas positivas a paradigmas morales a los cuales les asignan efectos en *derecho*, y se advierte que son muchos los casos en los cuales lo que en el pasado fue materia exclusiva de la *moral*, desde el punto de vista normativo, hoy forma parte de las *leyes jurídicas*.

Por otro lado, no son pocas las situaciones en las que las normas jurídicas imponen una reflexión moral aunque no tengan previsto que la *conciencia*, o la *buena voluntad*, obren como presupuestos de la llamada *realidad jurídica*. Respecto de estas situaciones, ni el juez ni el intérprete del *derecho*, en general, pueden hacer caso omiso, porque esas leyes misteriosas pero incontestables que impone la *moral*, quiérase o no, y admítase o no su inspiración divina o su impronta religiosa, provienen, acto por acto, del interior de cada hombre.

He ahí la vigencia de INMANUEL KANT y de su *filosofía práctica*. La influencia de su obra ha tenido flujos y reflujos a lo largo de la historia del *derecho* y de la propia *filosofía*, pero sigue ahí, plena de contenido y de humanismo. Hoy,

el estudio de su pensamiento, y en especial del relacionado con las llamadas *ciencias sociales*, es indispensable para la formación de los juristas. Sea durante su trayecto académico como estudiantes regulares en pos del título de abogado, sea en la agitada y dinámica vida de los juristas prácticos, sea en la agobiante labor de la magistratura, sea en el sublime oficio de la investigación y de la ciencia, los juristas deben estudiar a KANT. No hacerlo sería una omisión imperdonable y un vacío de formación cuyas manifestaciones serían impredecibles y muchas veces irreparables.

Los puntos de vista del de Königsberg no constituyen un dogma incontestable y, por consiguiente, no pueden ser transmitidos ni asumidos como si fueran la *verdad* del *derecho* y de la *moral*. En muchos aspectos pueden considerarse superados, y en otros pueden ser compartidos o rechazados, como lo imponen y lo permiten la libertad de pensamiento y el buen juicio. Pero no es posible, o al menos no a la luz del *deber* que agobia y dignifica a los juristas, ignorar tan trascendental legado del pensamiento, dejarlo de lado o transitar sobre él sin sospecharlo siquiera y sin conciencia alguna de su significado, so pretexto de que su estudio es tarea de los filósofos y no de los hombres de leyes.

Después de KANT el idealismo alemán tomó un rumbo diferente, del cual fueron destacados representantes SCHELLING, FICHTE y, especialmente, HEGEL. Un rumbo que tuvo como uno de sus objetivos fundamentales trascender los problemas que, a juicio de sus protagonistas, no resolvió el de Königsberg, como fueron, en la filosofía en general, la imposibilidad del conocimiento del *noumeno*, o *cosa en sí*, y en la *filosofía práctica*, en particular, la dimensión individual, y no colectiva, de la *moralidad*. Animados entre otras

razones por ese objetivo, los idealistas románticos acudieron al *Absoluto*, a la *Idea,* a la sustancia espiritual incondicionada, a la *Causa de las causas*, a los paradigmas de la *dialéctica trascendental* kantiana, en procura de construir un sistema riguroso, complejo y total de conocimiento que se explicara a partir del *absoluto.*

Con su *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* como síntesis de una obra de profundo y sorprendente alcance, comprendida por libros tan importantes como la *Fenomenología del espíritu*, la *Lógica*, la *Filosofía del derecho* o, ya como obra póstuma, la *Filosofía de la historia universal*, HEGEL fue claro ejemplo de esa vocación sistemática encaminada a explicar toda la realidad como expresión, manifestación o despliegue del *Absoluto.* De esa manera, procuró superar las insuficiencias del kantismo. Los célebres parágrafos 15 y 564 de la *Enciclopedia* así lo manifestaron:

Par. 15. Cada una de las partes de la filosofía es un todo filosófico, un círculo que se cierra en sí mismo; pero la idea filosófica está dentro de él en una determinación o elemento particular. El círculo singular, siendo en sí mismo totalidad, rompe también los límites de su elemento y funda una más amplia esfera: el todo; el todo se pone así como el círculo de círculos, cada uno de los cuales es un momento necesario; así que el sistema de sus peculiares elementos constituye toda la Idea, la cual aparece, además, en cada uno de ellos.

Par. 564. [...] Para comprender exacta y determinadamente con el pensamiento lo que Dios es como espíritu, se exige una sólida especulación. Primeramente aquí están contenidas las proposiciones: Dios es Dios en cuanto se sabe a sí mismo: su saberse a sí mismo es además su autoconcien-

cia en el hombre y el saber que el hombre tiene de Dios que progresa hasta el saber del hombre en Dios[2].

Pero la réplica del idealismo romántico tuvo que afrontar, a su vez, otra réplica cuyo discurso se orientó a cuestionar toda postura metafísica que trascendiera la realidad y acudiera, aunque con otros alcances, a las ideas misteriosas que comentó el de Königsberg en su *Dialéctica trascendental* y que acogieron SCHELLING, FICHTE y HEGEL como punto de partida para la construcción especulativa de sus sistemas comprensivos de todo cuanto atañe al hombre, a la naturaleza y

derecho, la cual solo vio la luz en 1979, a pesar de que el texto en alemán fue publicado, por primera vez, en 1960. La primera edición de la obra en alemán fue publicada en 1934, y en español, en 1946; y es reconocido que su lenguaje, su estructura y la propia profundidad con que se abordan los temas de la *teoría del derecho* distan en grado sumo de la claridad y la madurez de pensamiento que evidencia la segunda edición que, además, tiene cerca del doble de páginas que la primera. Nuevos capítulos y notas explicativas de gran importancia para comprender las raíces y los horizontes de la obra del maestro de Viena, que se encuentran en la segunda edición, no estuvieron al alcance de los estudiantes de lengua española sino desde 1979. Entre las mentadas notas, por ejemplo, se encuentran los puntos de vista de KELSEN sobre el sentido kantiano del *libre arbitrio* y del *ser*. Véase al respecto ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, presentación de la primera edición en lengua española, de la Edit. Porrúa, de la segunda edición de *La teoría pura del derecho*, de HANS KELSEN, México, 1991, págs. 5 a 7.

[2] JORGE GUILLERMO FEDERICO HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, trad. E. Ovejero y Maury, México, Edit. Porrúa, 1985, págs. 11 y 294. Es de recordar que HEGEL destinó preciosas páginas de la *Enciclopedia* a responder a las acusaciones de *panteísmo* que, en su momento, se hicieron contra su concepción dialéctica del Absoluto. Véanse, al respecto, los págs. 572 y 573, *Ibídem*, págs. 297 a 304.

al espíritu: el *positivismo*, una corriente filosófica que, desde diversos puntos de vista y en el marco de numerosas escuelas, se reveló contra la actitud metafísica y abogó por el *naturalismo* y por la *ciencia*. Sus planteamientos apuntaron a la superación de todo misterio, de toda apreciación *a priori*, de toda fantasía, como sustento de la realidad, y a hacer extensivos a lo social, en general, las exigencias de toda ciencia. La *metafísica* fue su blanco permanente, y la *filosofía*, a la luz de su discurso, resultó incompatible con la ciencia[3].

Para confirmarlo, nada más oportuno que traer al texto el siguiente aparte de la proclama de AUGUSTO COMTE pronunciada en el Palais Cardinal el domingo 19 de octubre de 1851:

"En el nombre del pasado y del porvenir, los servidores teóricos y los servidores prácticos de la Humanidad vienen a hacerse cargo de la dirección general de los negocios terrenos, para construir la verdadera providencia, moral, intelectual y material, excluyendo irrevocablemente de la supremacía política a todos los esclavos de Dios, católicos, protestantes o deístas, por retrógrados y perturbadores a la vez"[4].

Tal fue el entorno de la controversia decimonónica que en 1865 condujo a OTTO LIEBMANN, en su célebre libro titulado *Kant y los epígonos*, a anunciar, con entusiasmo y convicción, la vía indispensable para reivindicar la *filosofía* y recuperar su verdadero valor: "Volver a KANT", retomar los textos

[3] Véase sobre el particular el cap. XXI de MANUEL GARCÍA MORENTE, *Lecciones preliminares de filosofía*, Edit. Porrúa, 2000, págs. 239 a 251.

[4] En AUGUSTO COMTE, *Catecismo positivista*, trad. Andrés Bilbao, Madrid, Editora Nacional, 1982, pág. 55.

del maestro y afirmar, con nuevos aires y aun a costa de ir más allá de KANT pero al amparo de sus obras, las bases de los nuevos rumbos de la *filosofía* como *teoría el conocimiento.* De esa manera, el de Königsberg reapareció como respaldo de una réplica antipositivista y antimaterialista que pretendió, y aun hoy pretende, ser más kantiana que el propio KANT para llegar a conclusiones y definiciones que supuestamente el filósofo podría haber propuesto pero no lo hizo. Tal fue el origen y el sentido de la corriente denominada *neokantismo* o *neocriticismo*, cuyo punto de vista consiste, en buena parte, en hacer extensivo el esfuerzo teorético de la *Crítica de la razón pura* a la *ética* en general y a la *moral* y al *derecho* en particular.

En sus inicios, dos escuelas de amplio reconocimiento albergaron a los partidarios del *neokantismo*, ambas desde una perspectiva gnoseológica que procuraba retomar el camino para garantizar la certeza del conocimiento en el *derecho*, la *moral*, la *psicología* y la *ética* en general: la *Escuela Lógica de Marburgo*, con HERMANN COHEN (1842-1918), PAUL NATORP (1654-1924) y ERNST CASSIRER (1874-1945) en *materia filosófica en general* y RODOLFO STAMMLER (1856-1938) y GIORGIO DEL VECCHIO (1878-1968) en la *iusfilosofía*, como sus más destacados representantes; y la *Escuela Axiológica* o *Eticista de Baden*, con el aporte de WILHELM WINDELBAND (1848-1915) y HEINRICH RICKERT (1863-1936) en la *filosofía* y GUSTAV RADBRUCH (1878-1950) en la *iusfilosofía*[5].

[5] Sobre el *neokantismo*, o *neocriticismo*, hay copiosa literatura que se encuentra en los propios textos de los integrantes de las *Escuelas de Marburgo* y *de Baden* y en las obras en general de *filosofía* y de *filosofía del derecho.* Para la elaboración de este Capítulo, se han consultado los siguientes textos: RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la filosofía*

La *Escuela Lógica de Marburgo* orientó sus reflexiones filosóficas al *concepto* y a la *idea* de *derecho* a partir de una vuelta a KANT, encaminada a reconstruir el concepto de *derecho* con fundamento en los criterios gnoseológicos de la *Crítica de la razón pura.* Sus trabajos se orientaron, en esencia, a las matemáticas y a las *ciencias naturales*, y por tal motivo sus preferencias fueron por la primera *Crítica* del de Königsberg.

La *filosofía del derecho* de GIORGIO DEL VECCHIO, es clara expresión del pensamiento neokantiano de Marburgo, aunque, como bien se ha reconocido, no puede apreciarse con el limitado alcance de una expresión más de la Escuela,

---

del derecho contemporáneo, Madrid, Edit. Tecnos, 1989, págs. 209 a 214; MIGUEL HERRERA FIGUEROA y ZULEMA JULIA ESCOBAR, "Neokantismo jurídico", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XX, Buenos Aires, Ed. Driskill, págs. 248 a 261; ENRIQUE R. AFTALIÓN y JOSÉ VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, págs. 427 y 523; J. M. BOCHENSKI, *La filosofía actual*, trad. Eugenio Imaz, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, págs. 99 a 110; WALTER BRUGGER S. L., *Diccionario de filosofía*, trad. José María Vélez Cantarell, Barcelona, Herder, 1975, págs. 370 y 371; MANUEL GARCÍA MORENTE, *Lecciones preliminares de filosofía*, ed. cit., págs. 246 a 251; WOLFGANG SCHILD, *Las teorías puras del derecho*, trad. Ernesto Volkening, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 5 a 52 y ABEL NARANJO VILLEGAS, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Colección Jurídica Bedout, 1975, págs. 381 a 390. Y entre los neokantianos, en particular, se ha consultado a ERNST CASSIRER, *Kant-Vida y doctrina*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, trad. Luis Recaséns Siches y Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1997, págs. 282 a 337 y a GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, págs. 31 a 52 y *El hombre en el derecho*, trad. Aníbal del Campo, Buenos Aires, 1980.

sino como verdadero clásico de la *teoría del derecho*, *cuyos* aportes para nuestra ciencia son invaluables.

DEL VECCHIO dedica buena parte de su obra a examinar las condiciones en que es posible el conocimiento en el campo del *Derecho*, y precisa que los dos grandes métodos para llegar a la verdad, el *inductivo* y el *deductivo*, son pertinentes para la gnoseología jurídica.

El *método deductivo*, como se sabe, permite llegar al conocimiento, a la ciencia, a partir de lo general y, por supuesto, como lo precisa el profesor de Roma, tiene su forma típica en el *silogismo*, por medio del cual se relacionan una *premisa mayor*, de carácter general, y una *premisa menor*, para llegar a una *conclusión* o *inferencia* "obtenida de la aplicación de la primera en la segunda"[6].

Como ya es usual advertirlo, el aludido método predomina en el *derecho* y ha sido, por mucho tiempo, el eje de la concepción beccariana de la sentencia judicial como silogismo en el cual la premisa mayor es la norma jurídica, la menor, el hecho de que se trate, y la conclusión, basada en la aplicación de la primera en la segunda, es la sentencia. Sin embargo, nuevos aires relacionados con la interpretación de la ley y de los hechos han originado la crisis de la tradición silogística en medio de una tendencia, cada día más marcada, al resurgir de la retórica y a los procedimientos de argumentación[7]. De

[6] Véase GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, ed. cit., pág. 291.

[7] Una crítica reciente a la concepción beccariana del silogismo, concepción que fue acogida expresamente por IMMANUEL KANT en *La metafísica de las costumbres*, puede leerse en VINCENZO OMAGGIO, *Teorie dell'interpretazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, págs. 30 a 38.

cualquier manera, en lo que tiene que ver con la teoría misma del *derecho* y con las condiciones que hacen posible su existencia y su cognición, es indudable que el *método deductivo* debe dominar, porque la *idea* y el *concepto* de *derecho* no son fruto de la experiencia, sino de la reflexión racional.

El *método inductivo*, entre tanto, tiene como premisa fundamental la experiencia y, a partir de ella, permite llegar a conclusiones generales que, sin embargo, suelen ser relativas porque hallan su origen en lo que ha acontecido. Y, tal como lo precisa DEL VECCHIO, no es exclusivo de las *ciencias* naturales, aunque en ellas tenga su mayor aplicación. En el *derecho*, en efecto, el procedimiento inductivo es el indicado para la investigación histórica y la fenomenología. Y puede revestir, al decir del profesor italiano, dos modalidades que dependen de la actividad científica de que se trate: El *método genético*, encaminado a indagar sobre las raíces del *derecho*; y el *método comparativo*, orientado al estudio del *derecho comparado*, cuya importancia radica en que "el derecho de un solo pueblo se presenta siempre con caracteres unilaterales y no puede dar un cuadro completo de la entera realidad humana" y en que "la Humanidad no posée un único sistema regulativo, sino que se divide en grupos cuyo desenvolvimiento histórico es asincrónico (o sea, no simultáneo)"[8].

Como se observa, las manifestaciones de neokantismo de la obra de DEL VECCHIO son evidentes y ponen de presente su preocupación por llegar a una gnoseología jurídica que garantice el rigor y la consistencia de nuestra ciencia.

Ya en lo que concierne en particular a la *idea* y al *concepto* de *derecho*, DEL VECCHIO dejó criterios muy claros para

[8] *Ibidem*, págs. 295 y 296.

exponer su diferencia. El *ideal* del *derecho*, como aspiración o meta de su existencia, difiere del *concepto* de *derecho*, como realidad susceptible de explicar racionalmente.

A su juicio, la definición de KANT, relacionada con las condiciones en que el arbitrio de uno es compatible con el de los otros, en el marco de una ley universal de libertad, no corresponde propiamente al *concepto*, sino al *ideal* del *derecho*, ideal que, observa, pocas veces se ha realizado verdaderamente[9].

La *Escuela de Baden* compartió con la de *Marburgo* su interés por la gnoseología, pero se preocupó en mayor grado por los *valores religiosos*, *morales, estéticos* y *de verdad*, siempre a partir de la *Crítica de la razón práctica*, obra que consideraron como la fundamental del legado de KANT.

Desde el punto de vista de la *Filosofía* y la *Teoría del derecho*, el más destacado representante de la Escuela fue GUSTAV RADBRUCH, cuyo papel en la historia de nuestra ciencia fue definitivo no solo por sus aportes en torno al concepto de *derecho* y a los *valores* que lo informan, sino por su enfático y loable rechazo a la crueldad y la iniquidad de las leyes de la noche nazi, las cuales acaso fueron "derecho" para los criminales que las concibieron, porque, en realidad, no fueron más que otra de las manifestaciones de un pasaje siniestro de la historia. A juicio de RADBRUCH, llamar "deber ser" a las "leyes" que ordenaban la muerte por razones de raza o de diferencias políticas y las que premiaban la delación y la sentencia sin fórmula de juicio, resulta insólito e inconcebible.

[9] Cfr. *Ibidem*, págs. 303 y 304. Para DEL VECCHIO, el *derecho* es, en definitiva, "la determinación de una relación entre varias personas, por la cual al deber de una corresponde la exigibilidad, la pretensión de otra, y por ende también, la coercibilidad". Véase *ibidem*, pág. 364.

Y no podía ser otra su conclusión, si se tiene en cuenta el lugar prioritario que el jurista alemán les reconoció a la *justicia* y a los *valores*. Después de los horrores del infierno hitleriano, no dudó en decir:

"El derecho es voluntad de justicia. Pero justicia significa: juzgar sin acepción de persona, medir a todos con la misma medida.

"Si se honra el asesinato de adversarios políticos, si es exigida la muerte de los de distinta raza, si la misma acción realizada contra los correligionarios es, sin embargo, castigada con las penas más crueles y deshonrosas, entonces esto no es justicia, ni siquiera derecho.

"Si las leyes deniegan la voluntad de justicia de modo consciente (por ejemplo si los derechos humanos son arbitrariamente atribuidos como denegados), entonces estas leyes carecen de validez, entonces el pueblo no les debe obediencia alguna, entonces deben también los juristas encontrar el valor suficiente para negarles el carácter jurídico"[10].

Naturalmente, el interrogante que queda, después de leer la condena de RADBRUCH a las "leyes" del nacionalsocialismo y de conocer que varios funcionarios judiciales de la época de Hitler fueron condenados como criminales por haber proferido sentencias notoriamente injustas e inhumanas al amparo de las "leyes" del Führer y de una discrecionalidad tenebrosa inspirada en la "misión salvadora" de la nación y de la raza, es hasta dónde la respuesta de IMMANUEL KANT habría sido la misma del Maestro de Heidelberg. El de Königs-

[10] GUSTAV RADBRUCH, "Primera toma de posición luego del desastre de 1945", en *El hombre en el derecho*, trad. Aníbal del Campo, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 125.

berg, en *Teoría y práctica*, dijo que "toda oposición contra el supremo poder legislativo, toda incitación que haga pasar a la acción el descontento de los súbditos, todo levantamiento que estalle en rebelión es el delito supremo y más punible en una comunidad, porque destruye sus fundamentos"[11]. Al amparo de ese planteamiento de KANT, ¿podría decirse que los jueces del terror nazi debieron ser absueltos porque obedecieron la ley vigente y la aplicaron? La respuesta es que no; que la obediencia a que alude el Filósofo debe ser evaluada a la luz del contexto de su obra, abiertamente contraria, como es, a los regímenes despóticos y a la arbitrariedad[12].

[11] Véase IMMANUEL KANT, *Teoría y práctica*, trad. José Miguel Palacios, M.P.: Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid, Editorial, Tecnos, 1993, pág. 40.

[12] Véase al respecto MAURICIO A. PLAZAS VEGA, *Kant. El newton de la moral y del derecho*, ed. cit., págs. 86 a 106. Fueron numerosas las condenas a funcionarios judiciales de la noche nazi. Al respecto, es de sumo interés recordar aquí, a manera de ejemplo sobre el criterio que informó a ese tipo de pronunciamientos, los términos con que el fiscal general del Estado de Sajonia, el 14 de marzo de 1946, se refirió a la posibilidad de juzgar, como criminales, a los jueces que profirieron sentencias infames e inhumanas al amparo de su vocación nacionalsocialista y de las "leyes" del Führer: "La legislación del Estado partidario nacionalsocialista sobre cuya base se pronunciaron penas de muerte como las indicadas, carecen de toda validez jurídica" [...]. "Ningún juez puede remitirse a una ley y pronunciar sentencia sobre una ley que no solo es injusta, sino también criminal. Nos prevalemos de los derechos humanos que se hallan por encima de todas las prescripciones escritas, sobre el inalienable e inmemorial derecho que niega validez a las órdenes delictivas de tiranos inhumanos. Partiendo de esas consideraciones, creo que deben ser acusados aquellos jueces que contra las exigencias de la humanidad han pronunciado sentencias y condenado a muerte por motivos insignificantes". Texto inserto en el trabajo de RADBRUCH intitulado "Arbitrariedad legal

Pero más allá de los planteamientos de las Escuelas de Marburgo y de Baden, es de recordar la influencia decisiva del pensamiento de IMMANUEL KANT en la *Escuela de Viena* y, en particular, en su más reconocido representante, el gestor de *La teoría pura del derecho*, HANS KELSEN. Una influencia que, según lo reconoce el propio KELSEN, tuvo como fuentes de referencia las dos escuelas del neokantismo que se han comentado.

La Escuela de Baden, mediante su decidido interés por la distinción kantiana entre *razón pura* y *razón práctica*, fue definitiva para la elaboración de la idea central de la *teoría pura* sobre la distinción entre el mundo del *ser,* o *sein* (propio de las ciencias naturales y descriptivas) y el mundo del *deber ser*, o *sollen* (propio del *derecho* como ciencia esencialmente prescriptiva). Nada mejor que acudir al expreso reconocimiento que hizo KELSEN en su obra intitulada *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, en la cual dice:

"He aquí por qué la presente obra toma como punto de partida la fundamental antinomia entre el «ser» y el «deber ser», la primera que, en cierto modo, descubrió KANT en su esfuerzo por fundamentar la sustantividad de la razón práctica frente a la razón teórica, del valor frente a la realidad, de la moral frente a la naturaleza. Acogiéndonos a la interpretación kantiana de WINDELBAND y SIMMEL, vemos en el «deber ser» la expresión de la autonomía del derecho, que a la ciencia jurídica cumple determinar, a diferencia de un ser social «sociológicamente» captable, por donde la norma se enfrenta,

y derecho supralegal", en *El hombre en el derecho*, ed. cit., págs. 132 y 133. Otra versión del mismo ensayo puede verse en GUSTAV RADBRUCH, *Relativismo y derecho*, trad. Luis Villar Borda, Santafé de Bogotá, Edit. Temis, 1999, págs. 25 a 42.

en cuanto juicio del deber ser, a la ley natural y la norma jurídica a la específica ley causal de la sociología"[13].

Y la Escuela de Marburgo, mediante la concepción gnoseológica que desarrollaron sus integrantes, tanto en lo que atañe a las *ciencias* naturales como en lo que toca con las *ciencias sociales* y, por supuesto, con el *derecho* en particular. También en esta materia, el reconocimiento de KELSEN fue expreso:

"Al encontrar el punto de vista epistemológico decisivo, sin el cual no habríamos podido llegar a enfocar certeramente los conceptos de Estado y de derecho, nos ayudó la interpretación que COHEN da a la doctrina de KANT [...]. A partir de ahora, y como una consecuencia consciente y clara del enfoque epistemológico de COHEN, según el cual es la dirección del conocimiento la que determina el objeto del conocimiento, de tal modo que este es creado partiendo de un origen lógico, empezamos a darnos cuenta de que el Estado, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, no puede ser otra cosa que derecho, ya que el conocer o el concebir jurídicamente no significa nunca sino el concebir algo como derecho"[14].

[13] HANS KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, trad. Wenceslao Roces, México, Edit. Porrúa, 1987, pág. XL.

[14] *Ibidem*, pág. 1. Sobre la influencia de COHEN en la obra de HANS KELSEN, es significativo el criterio de MARIO G. LOSANO: "[...] en lo que respecta a las obras kelsenianas, las concepciones de COHEN son tan importantes, que deben ser consideradas como el único fundamento filosófico de la teoría pura del derecho. En la obra de COHEN, KELSEN encontró la exposición ordenada de una crítica a las concepciones kantianas, por él compartida: si, como afirma KANT, la intuición precede al pensamiento, este tiene un principio exterior a sí mismo, tal contradicción puede ser eliminada reduciendo todo al pensamiento. Por este camino, COHEN sustituye la síntesis, propia de KANT, el concepto de producción del pensa-

No se piense, sin embargo, que la obra de KELSEN fue, por así decirlo, un desarrollo jurídico del pensamiento de IMMANUEL KANT. Aún más, como se desprende del transcrito reconocimiento hecho por el Maestro de Viena, su discurso iusfilosófico se acerca más al *neokantismo* que al *kantismo*, tanto en los alcances que le asigna a la distinción entre el *ser* y el *deber ser* como en lo que toca con la *gnoseología* aplicada a la *teoría del derecho*, sin que pueda identificársele tampoco como una expresión más del *neokantismo*. Así mismo, KELSEN cuestionó aspectos centrales del pensamiento del de Königsberg, entre los cuales, a manera de ejemplo, cabe mencionar tres en particular:

En primer lugar, la tesis kantiana sobre la antinomia entre *libertad* y *causalidad,* fruto de la cual el hombre ha de ser apreciado a un mismo tiempo como *empírico* y como *inteligible,* como *fenómeno* sometido a las leyes de causalidad y como *cosa en sí*, o *noumeno*, en lo que tiene que ver con su *libertad*, la cual es incognoscible. Sobre el particular responde KELSEN que "la imputación se efectúa de hecho en razón de un orden normativo que rige el comportamiento del hombre empírico y que tiene validez en el mundo empírico"[15].

En segundo lugar, el paradigma del de Königsberg sobre la *actuación por el deber*, libre de intereses egoístas y la bús-

---

miento puro, dando amplio fundamento filosófico a los principios metodológicos de origen genéricamente kantiano, aplicados por KELSEN al derecho". Véase MARIO G. LOSANO, *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, trad. Jorge Guerrero R., Santafé de Bogotá, Edit. Temis, 1992, pág. 21.

[15] HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo de la segunda edición en alemán, México, Edit. Porrúa y Universidad Autónoma, 1991, pág. 113.

queda de la propia felicidad como móviles fundamentales de la conducta. KELSEN fue enfático al advertir que resulta ilusorio hacer caso omiso de los fines de las acciones humanas para comprender verdaderamente su contenido y sus alcances: "El hombre puede tener simultáneamente inclinaciones o intereses contradictorios. En ese caso, su comportamiento dependerá de cuál inclinación, de qué interés, es más poderoso. Ningún orden social puede poner de lado las inclinaciones de los hombres, sus intereses egoístas, como motivo de sus acciones y omisiones. Solo puede, si debe ser eficaz, crear la inclinación o el interés que los lleve a actuar de acuerdo con el orden social y a oponerse a las inclinaciones o intereses egoístas que sin él serían dominantes"[16].

Y en tercer lugar, sobre los alcances de la actuación *por el deber*, habida cuenta de su estrecho vínculo con la conciencia individual, no dudó en decir: "El principio de que el hombre debe cumplir siempre sus obligaciones o su deber, claramente presupone que existen deberes absolutos, evidentes para cada cual. Por el otro lado, es decir si se acepta que no hay una moral absoluta, sino varios órdenes morales, muy diferentes, que ordenan conductas entre sí contradictorias, la frase mencionada, que constituye la proposición fundamental de la ética kantiana, se diluiría en la tautología de que el hombre debe hacer siempre aquello que está ordenado según la moral al caso, es decir, que debe hacer lo que debe hacer"[17].

De todos es conocida la hegemonía del pensamiento de KELSEN, y con él del *positivismo jurídico*, hasta el final del decenio del sesenta, en Europa, y entre nosotros hasta el del se-

[16] *Ibidem*, pág. 73.

[17] *Ibidem*, pág. 131.

tenta. Su ascendiente sobre la concepción del sistema jurídico fue de tal magnitud que, como se advierte en las primeras líneas de este epílogo, los juristas de la época fueron generalmente kelsenianos, muchas veces sin saberlo. Cómo no recordar aquí la síntesis con que el mismo KELSEN describió su teoría, cuyo dominio, por más de cinco lustros, sería necio discutir:

"La «Teoría pura del derecho» constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, una teoría de la interpretación.

"En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica"[18].

Pero como la biografía del espíritu universal sigue su curso, otros vientos se han extendido sobre el pensamiento jurídico en los cuatro últimos decenios en procura de un reencuentro del *derecho* con los *valores* y con los *hechos*, en un contexto que, a no dudarlo, alberga las tres dimensiones del *derecho* que aquí se proponen. y cuestiona las apreciaciones aisladas de tipo iusnaturalista, normativista o sociológico.

No se trata de desechar el invaluable legado del Maestro de Viena, gracias al cual nuestra ciencia cuenta con una estructura lógica y teórica fundamental que indudablemente

[18] *Ibidem*, pág. 15.

subsiste y se proyecta en las más variadas expresiones y especialidades del *derecho*, en los órdenes nacional, internacional y aun supranacional. ¿Cuál habría sido el curso del constitucionalismo y de la guarda jurisdiccional de la integridad de las Cartas Políticas, de la protección de los *derechos del hombre*, del respeto de las funciones, competencias y limitaciones de los diversos órganos del poder estatal y, en definitiva, de la sujeción a la ley y a la jerarquía de las normas, sin el aporte de tan destacado jurista y hombre del pensamiento? ¿Cómo olvidar que la pluma del Maestro de Viena no se limitó al *sistema de normas*, aunque ese fuera el eje de su *teoría del derecho*, sino que tuvo otros espacios, igualmente plenos de contenido y de humanismo, entre los cuales sobresalen sus notas sobre la paz, la democracia y la política en general? ¿Cómo desconocer que en el opúsculo intitulado *¿Qué es la teoría pura del derecho*?, ante tan equívocas interpretaciones que se elaboraron alrededor de su obra, como aún hoy ocurre, tuvo a bien reconocer que su planteamiento "constata solamente que la llamada interpretación de la autoridad jurídica implica siempre, con la aplicación de una norma superior, una creación de derecho y, por lo tanto, no es una función pura de conocimiento?"[19]. Una vez más hemos de recomendar, con CARLOS COSSIO: "¡Ir más allá de KELSEN sin dejarlo!".

El presente del *derecho* reclama una apreciación del orden jurídico en función del contexto social y de los valores que lo informan y, en medio de los avances inimaginables de la ciencia, y con ella de la biología y de la genética, se reco-

[19] HANS KELSEN, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1997, pág. 27.

noce, cada día en mayor grado, la necesidad de abordar, desde el *derecho*, materias que poco tiempo atrás llegaron a considerarse extrañas a nuestra actividad por formar parte de la *política jurídica*, de la *filosofía* o de la *sociología*.

En ese entorno, obras como las de JOHN RAWLS, inspiradas en muchos aspectos por el legado de INMANUEL KANT, como el propio Maestro de Harvard lo reconocía, interesan en grado sumo a los juristas e inciden en su posición sobre el papel del *derecho* en el seno de la sociedad y, por supuesto, en los fallos de los tribunales constitucionales. La *teoría del contrato originario* de RAWLS, con todo su desarrollo, encontró en buena parte su respaldo en el *constructivismo kantiano*, como lo manifestó expresamente el ilustre filósofo norteamericano: "Lo que he tratado de hacer es generalizar y llevar la teoría tradicional del contrato social representada por LOCKE, ROUSSEAU y KANT, a un nivel más elevado de abstracción. De este modo espero que la teoría pueda desarrollarse de manera que no quede ya expuesta a las objeciones más obvias que a menudo se piensa que la destruyen. Más aún, esta teoría parece ofrecer otra explicación sistemática de la justicia que es superior, al menos así lo sostengo, al utilitarismo dominante tradicional. La teoría dominante es de naturaleza sumamente kantiana"[20].

El ánimo propone continuar con estas reflexiones sobre el legado jurídico del de Königsberg, su proyección en el pensamiento de los siglos XIX, XX y XXI y su vigencia en medio de la sociedad de la ciencia y de la tecnología. Invita, y en cierta medida compromete, a comentar la indudable proyección del pensamiento del de Königsberg en filósofos y teó-

[20] JOHN RAWLS, *Teoría de la justicia*, ed. cit., pág. 10.

ricos del derecho tan reconocidos como RONALD DWORKIN, JÜRGEN HABERMAS o ROBERT ALEXY. Pero no es ese el tema de este Capítulo. Solo me corresponde decir, con OTTO LIEBMANN, así sea después de ciento cincuenta años: "¡Hay que volver a KANT!".

APÉNDICES

Apéndice I

LA PLENITUD HERMÉTICA DEL DERECHO Y LA ANALOGÍA

Comentarios sobre la sentencia de la Corte Constitucional que declaró exequible el artículo 8º de la ley 153 de 1887 (Sent. C-083 de 1995, M. P.: Carlos Gaviria Díaz)

Cabe recordar, por su estrecha vinculación con el tema de este ensayo y por los discursos en torno al *nuevo derecho* que se plantearon a lo largo del juicio, algunos apartes de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró exequible al artículo 8º de la ley 153 de 1887, norma de particular importancia para la llamada "plenitud del derecho" porque establece la regla de la *analogía* y dispone, en general, que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho".

En opinión del demandante, el hecho de que el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 no haya incluido la *analogía* como uno de los "criterios auxiliares de la actividad judicial" impide que los jueces puedan fallar con fundamento en "normas que regulen casos o materias semejantes". Al respecto, adujo en la demanda que el constituyente de 1991 "desembarazó nuestro sistema jurídico de la analogía, abriendo un horizonte nuevo y distinto donde fuera posible reconciliar la práctica judicial al menos cuando faltara norma exactamente aplicable, con la equidad, donde pareja con esta se sumara el desarrollo de la jurisdicción por vía de sus pronunciamientos hasta erigirse en precedentes, en una verdadera fuente del derecho colombiano

inspiradora de soluciones probadas, en cuya ausencia debería acudirse a los principios generales del derecho, y a la doctrina en general".

El Ministerio de Justicia y del Derecho, por su parte, se opuso a las pretensiones de la demanda y, en un contexto de defensa de la *analogía* con base en el principio de la "igualdad jurídica", sostuvo lo siguiente: "por más perfectas que traten de ser las leyes, siempre quedarán vacíos, pues el legislador no puede regular absolutamente todas las situaciones que se puedan presentar, y ante esa circunstancia y la prohibición de rehusarse a administrar justicia, tiene que encontrar por sí mismo la norma para la decisión y es aquí donde la analogía se constituye en el medio principal para resolver el conflicto planteado".

El Procurador General de la Nación, entre otros interesantes planteamientos, sostuvo que "sería extraño al mismo texto constitucional [art. 230 en comentario], que establece categóricamente la exclusiva sujeción de los jueces a la ley, con miras a garantizar su independencia y por tanto su imparcialidad, que se descartara la *analogia legis*, cuando ese mismo texto ha escogido esa forma más amplia de la analogía, como es la *analogia juris*, al determinar como uno de los criterios auxiliares, los principios generales del derecho. Negarse a reconocer la polisemia, agrega, y con ella la posibilidad y la necesidad de la aplicación analógica del lenguaje legal, es dejar jurídicamente desamparadas, con excesiva facilidad, muchas de las situaciones tenidas por no reguladas, abandonándolas al arbitrio y en último término, al capricho de los jueces".

La Corte Constitucional, por su parte, hizo énfasis en las llamadas "fuentes formales del derecho" para advertir, de la mano del iusfilósofo argentino Carlos Cossio y su obra *La plenitud del orden jurídico*, que "en el derecho no hay lagunas porque hay jueces"[1].

Los jueces tienen la obligación de fallar so pena de incurrir en responsabilidad por *denegación de justicia* (ley 153 de 1887, art. 48). Su presencia, para resolver las controversias o pronunciarse sobre las relaciones intersubjetivas, es fundamental, imprescindible. La sentencia no se queda corta al describir la función del juez en el orden social y su compromiso inevitable de fallar:

[1] Véase Carlos Cossio, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1947, págs. 139 a 272.

"Porque decidir, para quien tiene la calidad de *juez*, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de la ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones; pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el juez *tiene que* fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ónticamente significa *ser juez*. Por eso, lógicamente en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta".

En este sentido, el fallo en comentario se acerca también a la concepción kelseniana según la cual no es posible, desde el punto de vista lógico, que haya "lagunas en el derecho". Cuando no haya norma aplicable al caso, es necesario entender que la conducta sobre la cual gira la controversia es procedente[2]. En esencia, esa conclusión halla su sustento en el *principio de libertad*, de acuerdo con el cual "todo lo que no esté prohibido está permitido", principio del cual se desprende que el ordenamiento jurídico tiene una dimensión total, o integral, que suele identificarse con el nombre de "plenitud hermética del derecho".

Tal definición, sin embargo, dista mucho de superar todas las controversias sobre el tema porque si para KELSEN, o para el mismo COSSIO, es claro que en el *derecho* en general no hay "lagunas", para muchas otras corrientes iusfilosóficas es necesario distinguir entre el *derecho* y la *ley*.

Si el problema de las *lagunas* se limitara a la inexistencia de normas generales en el ordenamiento, no parecería haber mayor discusión. Empero, la dificultad es notoria en presencia de doctrinas según las cuales no solo es posible que existan *lagunas*, sino que también el propio sistema, en general, comporta un alto poder político de creación del derecho por parte de los jueces en razón de que los casos sobre los cuales deben pronunciarse son siempre diferentes. Tal es el criterio que sirve de referencia a la *libre creación del derecho* y a la *flexibilidad* de las normas, rechazadas en forma enérgica por KELSEN en su *Teoría pura del derecho* porque, al admitirse que los jueces

[2] Cfr. HANS KELSEN, *La teoría pura del derecho*, ed. cit, pág. 254.

puedan desconocer los preceptos del legislador en aras de una justicia acorde con la realidad cambiante, se abre el camino para la arbitrariedad y la inseguridad jurídica[3].

Lo cierto es que los jueces deben obrar dentro de los límites del ordenamiento y no están habilitados para abrogarlo o desconocerlo si a bien lo tienen.

En ese orden de ideas, la importancia de la *analogía legis* es indudable, y contribuye a descartar los excesos de los tribunales. Cuando haya normas generales que regulen casos o materias semejantes a aquellos que ocupan la atención del juez, deben aplicarse en interés de la *seguridad jurídica* y del Estado constitucional, no porque ese sea un "criterio auxiliar" para las actuaciones judiciales, sino porque las mismas deben ajustarse a la ley.

El argumento que, en síntesis, adujo la Corte Constitucional para declarar exequible el artículo 8º de la ley 153 de 1887, en comentario, no deja dudas al respecto:

"La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución" (Sent. C-08395, 1º marzo 1995, M. P.: Carlos Gaviria Díaz).

No obstante, tal conclusión no significa que los jueces sean simples "mensajeros de la ley" ni implica que su papel sea eminentemente pasivo, o mecánico, como por tanto tiempo lo pretendió la exégesis al amparo de la máxima de MONTESQUIEU según la cual "las leyes hablan por la boca del juez".

Que el juez deba someterse a la ley quiere decir que no puede desplazar al legislador porque, de otra manera, sufriría menoscabo la *separación de poderes*, eje fundamental del sistema político liberal. Pero no por ello puede pretenderse que, so pretexto de aplicar las normas, prescinda de la equidad y los principios generales del derecho y subestime los alcances de la realidad fáctica sobre la cual debe pronunciarse.

[3] Véase *ibidem*, págs. 260 a 262.

Los siguientes apartes de la *aclaración de voto* del magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, destacan esa posición activa de los jueces, en relación con el cumplimiento de su deber de *administrar justicia*:

"Entre otros aspectos valiosos de la sentencia, es importante reconocer la tarea creativa del juez en el proceso de aplicación del derecho, lo que debe llevar como corolario el desarrollo de una teoría de su responsabilidad política, de conformidad con parámetros normativos y deontológicos, de forma que sea posible controlar sus fallos. En ese sentido, lo sostenido en la sentencia respecto a la necesidad de que el juez justifique su decisión en principios éticos o políticos, con el propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado, es una exigencia que no cabe predicar solo en el ámbito extrasistemático —cuando el juez haya agotado ya el arsenal de elementos del orden positivo— sino que rige igualmente en el plano sistemático o intrapositivo.

"Considero que el artículo 230 de la Constitución Política, en su sentido más profundo, persigue orientar la aplicación e interpretación del derecho, de modo que ella se lleve a cabo con arreglo a la ley, pero tomando en consideración que la misión irrevocable del juez es articular una solución adecuada para el caso singular, lo cual solo es posible actualizando el sentido de las normas a partir de la realidad que se pretende regular".

Ni el imperio de la ley es incompatible con esa labor creativa del juez, ni la *analogia legis* representa un obstáculo para que la práctica judicial, a que alude la demanda, tenga feliz encuentro con la equidad.

La única hipótesis para que los jueces actúen en función de las tres dimensiones del derecho a que se refiere este ensayo no es la de la ausencia de norma aplicable al caso controvertido. La tridimensionalidad debe obrar siempre y su expresión normológica, como la dikelógica o la sociológica, no puede faltar. He ahí el verdadero sentido de la *plenitud del derecho*.

Apéndice II

LA COSTUMBRE COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO

Comentarios sobre la sentencia de la Corte Constitucional que declaró exequible el artículo 13 de la ley 153 de 1887 (Sent. C-224 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía)

Dada la tendencia a la codificación y a la expedición de leyes regulatorias de las más variadas actividades humanas, así como la amplia proyección de los fallos judiciales, en los sistemas jurídicos actuales es excepcional que la costumbre opere, directamente, como *fuente formal del derecho*. Indirectamente sí, porque en muchos casos las leyes acogen reglas de convivencia social que la comunidad acata de modo general y, en esa medida, confirman que, en buena parte, *el derecho es un reconocimiento del hecho* y permiten apreciar el legado del *positivismo sociológico* y de las doctrinas que conciben el derecho "desde fuera", salvedad hecha de las objeciones planteadas en este mismo ensayo.

Tales consideraciones son suficientes para que este trabajo se ocupe de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró exequible el artículo 13 de la ley 153 de 1887, en la cual no solo se examina el tema de la costumbre como una de las *fuentes formales del derecho*, sino que también se definen los alcances de su vinculación con el cristianismo, que le agrega la norma, en relación con la libertad religiosa y el pluralismo que proclama la Constitución de 1991.

El artículo 13, citado, establece que "la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".

A juicio del demandante, la disposición vulnera el preámbulo y los artículos 1º, 7º, 13 y 19 de la Constitución porque contrasta con el hecho de que la Carta no proclama ninguna religión oficial y, en cambio, es enfática en reconocer el pluralismo y la diversidad étnica y cultural de los diferentes sectores de la nación colombiana y proscribir discriminaciones por razón de los credos religiosos.

"La norma atacada, apunta el actor, va en contravía de la Constitución Nacional, cuyo espíritu acepta y respeta la existencia de diferentes conceptos y normas morales y la existencia de una moral autónoma cuya ley es dictada por la propia conciencia de la persona y no por una instancia ajena a ella".

A lo cual agrega que las leyes, y no la costumbre, son las llamadas a establecer los deberes y obligaciones a cargo de los asociados. Al respecto, le endilga a la norma la violación del capítulo 5 del título II de la Carta, relacionado con los "deberes sociales, cívicos y políticos" que han de cumplir la persona y el ciudadano, "porque desconoce que los deberes y obligaciones de la persona y del ciudadano no pueden ser determinados por consideraciones de carácter *moral* con connotaciones religiosas: los deberes y obligaciones deben ser taxativamente determinados por el derecho positivo.

"La moral, concluye, no concierne al orden jurídico sino al fuero interno de cada persona".

El Procurador General de la Nación, al intervenir en el juicio de constitucionalidad, respaldó las acusaciones del demandante en lo que atañe a la cualificación de la costumbre en función del acatamiento de la *moral cristiana*, pero objetó su pretensión de que no puede ser fuente de derecho.

La subordinación de la costumbre a la moral cristiana contraviene el secularismo y el pluralismo de la Carta de 1991 y, en ese aspecto, la demanda acierta al pretender que se declare inexequible la disposición. Así lo expresó el procurador en el siguiente aparte de su concepto:

"Habiendo sido sustituidas la religión y la moral católicas por la nueva Carta demoliberal de derechos como eje éticomaterial y éticoprocedimental —*v. gr.*, como rasero moral— para la denominación del carácter justo o injusto del ordenamiento jurídico en su con-

junto, y de las normas jurídicas, en particular leyes y costumbres, resulta incongruente con el espíritu y con la letra de la Constitución de 1991 admitir, por cuanto contraría al secularismo y al pluralismo, y con ellos a la libertad de cultos y de conciencia y al principio de igualdad (Preámbulo y artículos 1º, 7º, 13 y 19 de la Constitución), la subordinación de la costumbre —y del derecho en general— a la pauta éticomaterial de la moral cristiana.

"Allí donde el derecho codificado deja un espacio para los vacíos y para la discrecionalidad en las decisiones, la existencia de la costumbre —*v. gr.*, de una práctica reiterada y homogénea, y reconocida como jurídicamente vinculante por el conjunto de la comunidad— como fuente de derecho, resulta imprescindible.

"El nuevo constitucionalismo colombiano parece haber adoptado una posición intermedia (entre el positivismo y el moralismo radical) que posibilita la coexistencia de la dogmática jurídica como ciencia independiente para el estudio del puro derecho positivo, con el reconocimiento del carácter jurídicamente vinculante del punto de vista de la moral pública —*v. gr.*, de la *justicia política,* en orden a determinar el grado de justicia o injusticia que habita en las leyes, pero sobre todo en el sistema jurídico-político en su conjunto"[1].

[1] En el mismo sentido se pronunciaron los M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero al formular salvamento de voto en relación con la sentencia que declaró exequible la disposición acusada. Entre sus interesantes planteamientos, los magistrados disidentes expresaron lo siguiente: "Era inescapable concluir con el actor y el concepto fiscal que la expresión *conforme a la moral cristiana*, contenida en el artículo 13 de la ley 153 de 1887, contradice los artículos 1°, 7°, 13 y 17 de la Constitución. La norma demandada no se ajusta al carácter laico, no confesional, del Estado social de derecho ni al pluralismo político sobre el cual está erigido el orden jurídico del país. Constituye, a la vez, un paradójico respeto a la diversidad étnica y cultural (C. P., art 1°), sustraerle a las costumbres no conformes con la moral cristiana la posibilidad de regular la vida social o comunitaria de culturas incompatibles con preceptos morales específicos [...]".

La Corte Constitucional, sin embargo, declaró exequible la disposición porque, a su juicio, no entraña ningún tipo de discriminación religiosa sino que se limita a hacer precisión sobre las características y rasgos distintivos de la sociedad colombiana, cuyos integrantes, en su mayoría, profesan el cristianismo. En apoyo de su aserto, la corporación alude a la distinción entre *costumbre general* y *costumbre positiva*, para advertir que si bien la primera no admite grados o discriminaciones la segunda sí, en la medida que sugiere reglas resultantes de las peculiaridades y características propias de cada pueblo.

Y en lo que atañe a la censura relacionada con la imposibilidad de que la costumbre sea fuente formal del derecho, la Corte tuvo en cuenta que en el contexto de una Carta Política como la de 1991, en la cual se asigna un papel preponderante a la sociedad civil y a la participación ciudadana, no es factible arribar a semejante conclusión. La costumbre era fuente formal del derecho a la luz de la Constitución precedente y lo es, aun con mayor sustento, desde la perspectiva de la nueva Carta en cuyo contexto la sociedad juega un papel preponderante. Al respecto dijo la Corte:

"Hay que afirmar con toda claridad que negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita en la actual".

Después de destacar que la importancia de la costumbre como *fuente formal del derecho* es indudable, en especial en las entidades territoriales, la sentencia aduce en su apoyo que la referencia del artículo 230 de la Carta a la subordinación de los jueces únicamente a la ley no se traduce en que el constituyente haya descartado otro tipo de fuentes, sino en que fue su voluntad que quienes administren justicia obren con plena autonomía y libertad, sin sujeción a ningún otro órgano o rama del poder público:

"La misión que la Constitución confía a los jueces de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un *orden justo* (C. P., art. 2º), solo es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones, instrucciones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos,

de las partes, en suma, si se asegura que la única voz que pueden escuchar y atender es la voz del ordenamiento jurídico. De ahí que la garantía se construya proclamando que la única fidelidad que liga al juez en su delicada tarea de investigar la verdad y decir el derecho sea aquella que lo vincula con el ordenamiento jurídico".

Sobre esas mismas bases, la Corte llega a afirmar que la aplicación de los principios generales del derecho no solo puede obrar como instrumento complementario de la labor del juez, como a primera vista podría sugerirlo la lectura del artículo 230 de la Carta, sino que deben prevalecer siempre que sea necesario para que no se vulnere la justicia. Sus puntos de vista son enfáticos:

"En síntesis, nada autoriza una interpretación diferente del artículo 230. Y no sobra advertir que habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto injusticia suprema. *Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómata, esclavo de la norma escrita*" (apartes de la sentencia de la Corte Constitucional, C-224 de 5 mayo 1994, M. P.: Jorge Arango Mejía).

La posición mayoritaria de la Corte, sin embargo, fue materia de objeciones en un interesante salvamento de voto en el cual, con argumentos hartianos, se destaca que el artículo 230 de la Carta Política sí proscribió la costumbre como *fuente formal del derecho*, a fin de brindar seguridad jurídica a los asociados. El escrito, del magistrado Carlos Gaviria Díaz, es de clara estirpe positivista legalista y cuestiona, en términos categóricos, las concepciones sociológicas del derecho con apoyo en las cuales la *costumbre* tiene fuerza vinculante. Veamos algunos de esos planteamientos del profesor Gaviria:

"Dentro de un sistema legislado, la costumbre puede consagrarse expresamente como fuente formal subsidiaria y autónoma (como en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1886), tolerarse en esa misma condición (como en Inglaterra) o excluirse (como a mi juicio ha sucedido bajo la vigencia de la actual Carta Política).

"La costumbre no queda comprendida dentro del concepto de ley sino que se le opone, del mismo modo que el proceso consuetu-

dinario, inconsciente, se opone al proceso legislativo en tanto que ejercicio de la reflexión, encaminado a la creación de la norma.

"[...] De ordinario, a las posturas que proclaman la inherencia de la costumbre a cualquier sistema de derecho positivo, subyace el misticismo sociológico de la escuela historicista, que tras un lenguaje pretendidamente científico y de vocación democrática, escamotea un trascendentalismo vergonzante de inequívoco signo retardatario. Basta recordar la célebre controversia entre ANTONIO THIBAUT y C. F. SAVIGNY (a principios del siglo XIX), en la que el segundo entona el epinicio del derecho consuetudinario cifrando la búsqueda de la justicia no en un proceso intencional, consciente y deliberado, emprendido por los hombres, sino en un oscuro discurrir subterráneo e instintivo del 'espíritu del pueblo' que de modo imperceptible iría señalando los cauces indiscutibles de la conducta humana.

"Los argumentos de SAVIGNY, en su réplica a THIBAUT, son reproducción fidedigna, en el reino de lo jurídico, de los que había utilizado EDMUND BURKE en su requisitoria contra el racionalismo triunfante en la revolución francesa, tan brillantemente defendido por THOMAS PAINE, en un plano estrictamente político" (apartes del salvamento de voto del magistrado Carlos Gaviria Díaz, relacionado con la sentencia de la Corte Constitucional, C-224 de 5 mayo 1994, que declaró exequible el artículo 13 de la ley 153 de 1887).

Tan enérgica objeción, sin embargo, corresponde a una visión positivista a la luz de la cual solo lo legislado constituye derecho.

El propio salvamento de voto, al recordar la polémica entre SAVIGNY y THIBAUT, revive la vieja controversia entre los seguidores de dos corrientes extremas: los *racionalistas contractualistas*, partidarios entusiastas de la codificación como síntesis del origen eminentemente racional del derecho, y los *historicistas*, defensores de una concepción del derecho como expresión de la realidad y de la costumbre, producto de la historia y de la conciencia popular.

Una y otra corrientes, como lo impone siempre la fuerza de la dialéctica, albergaban en sus raíces el germen de su superación. El *racionalismo contractualista*, ancestro inmediato de la *exégesis*, porque ni los códigos lo dicen todo ni los jueces son simples mensajeros del legislador. Y el *historicismo*, de clara estirpe organicista y

romántica, porque si bien los orígenes del derecho son consuetudinarios no es menos cierto que la ley ha adquirido creciente preeminencia como fuente formal y que los códigos, lejos de constituir un obstáculo para la evolución del derecho, comportan un aporte invaluable para la seguridad jurídica de los asociados. El propio HEGEL, a pesar de sus objeciones al contractualismo y de su relativa contemporaneidad con el romanticismo germánico decimonónico, expresó sin ambages su conformidad con los códigos:

"Los gobernantes que han dado a sus pueblos incluso una recopilación informe, como JUSTINIANO, o mejor aún un derecho nacional ordenado y determinado en un código, no solo se vuelven sus mayores benefactores y son alabados con agradecimiento, sino que además han ejercido con ello un gran acto de justicia"[2].

La finitud de los extremos *racionalista* e *historicista* dio paso a una concepción del derecho más integral, que comprenda tanto su aspecto normativo legislativo, a partir de la razón, como su estrecha vinculación con los hechos y la realidad social. Tal superación, sin embargo, conserva el legado dialéctico de su inmediatez y su mediación: del racionalismo, y en buena medida del pensamiento liberal, el derecho ha derivado su fuente primordial en la ley; del historicismo y las apreciaciones del derecho "desde fuera", ha recibido la costumbre como otra fuente formal cuyo decrecimiento a medida que avanza el derecho legislado no puede entenderse, sin error, como fruto del envilecimiento del aspecto sociológico del derecho. Buena parte del derecho legislado ha consistido en la adopción de costumbres acogidas por la sociedad a lo largo de los años o, en todo caso, se explica en función de los hechos a cuya regulación se orienta.

Hoy, los regímenes liberales registran una deliberada dependencia del derecho legislado y solo en menor grado de la costumbre, del llamado *derecho consuetudinario*. En la infancia del espíritu del mundo, la fuente por excelencia fue la *costumbre*. Pero siempre, en la medida que los hombres han sido partícipes de la sociedad, el derecho ha existido como condición insalvable para su convivencia.

[2] JORGE GUILLERMO FEDERICO HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. Juan Luis Vermal, Buenos Aires, Sudamericana, 1975, pág. 254.

De ahí que limitar el derecho a la ley sea un exceso tan censurable como el de vincularlo únicamente a las conductas y reglas repetidas impuestas por el "espíritu del pueblo". Ese extremo se aprecia en el salvamento de voto del magistrado Gaviria, en el cual se afirma que la única fuente formal del derecho colombiano, a la luz del artículo 230 de la Constitución Política es *la ley* y se identifica a quienes reconocen en la costumbre una fuente del derecho como partícipes del misterioso "espíritu del pueblo", que dijeran SAVIGNY y sus seguidores.

El autor de este libro encuentra acertada la decisión de la Corte Constitucional de declarar exequible el artículo 13 de la ley 153 de 1887 en cuanto la *costumbre* sigue siendo *fuente formal del derecho* sin menoscabo de la Carta Política. A su juicio, no solo es formal sino materialmente posible que la *costumbre* obre como regla de derecho, aun en el contexto actual, pleno de legislación: en el *orden nacional*, porque es innegable que las condiciones socioculturales de las numerosas regiones y municipios de Colombia difieren en forma ostensible y en muchos casos el derecho legislado es insuficiente, a pesar de la proliferación de normas, o simplemente carece de eficacia porque no consulta la realidad. Y en el *orden internacional*, porque, como suelen anotarlo los estudiosos de la *teoría del derecho*, las relaciones interestatales (*derecho internacional público*) se rigen en muchos aspectos por la *costumbre* y los convenios en materia de *derecho internacional privado* suelen referirla como una de sus fuentes.

Naturalmente, lo que ha quedado expuesto no es óbice para reconocer que nuestra Carta Política, como en general ocurre en los sistemas liberales, sí establece, en algunas ocasiones, que solo la ley puede ser fuente formal de derecho. Así ocurre con el *derecho tributario*, en relación con el cual el viejo principio de *reserva de ley* se acoge en forma rigurosa e incondicional en el artículo 338 al expresar: "En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos".

En esos casos, es evidente que la Constitución proscribe la *costumbre* como *fuente del derecho*, como corresponde a un régimen de orientación liberal en el que prevalece la protección de los derechos fundamentales de los asociados y, en particular, de la *propiedad privada*.

Si se aceptara que la *costumbre* fuera fuente formal del *derecho tributario*, se dejaría a los asociados en medio de la incertidumbre y la inseguridad jurídica, frente a eventuales decisiones administrativas o judiciales que habiliten el cobro de impuestos no establecidos por la ley.

Solo el Parlamento, investido del poder de representación y titular de la supremacía tributaria, puede establecer impuestos a cargo de los administrados. Ni el ejecutivo ni los jueces pueden hacer lo propio, so pretexto de ampararse en la costumbre, porque, en tal caso, no solo desconocerían la voluntad del constituyente, sino que también se apartarían de la esencia misma del liberalismo que informa a los regímenes de protección y garantía de los derechos fundamentales. La *Declaración de derechos (Bill of Rights)* de Inglaterra, del 13 de febrero de 1689; la *Declaración de derechos de Virginia*, del 12 de junio de 1776; la *Declaración de derechos de Massachusetts*, de 1780; la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, del 26 de agosto de 1789; la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, del 24 de junio de 1793; la *Constitución de Weimar*, del 14 de agosto de 1919; la *Constitución española*, del 29 de diciembre de 1978; la *Constitución del Estado de Cundinamarca*, del 4 de abril de 1811; el *acto legislativo número 3* de 1910, reformatorio de la *Constitución Política de Colombia*, y la *Constitución de 1991*, entre muchos otros documentos y declaraciones, han proclamado, con especial énfasis, ese profundo e insuperable *principio tributario de reserva de ley*, cuya vigencia evita la arbitrariedad y el caos[3].

Ese tipo de sujeción exclusiva e incondicional a las normas creadas por el legislador halla sus raíces en una larga tradición histó-

[3] Véase al respecto el volumen II de mi libro *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, cap. X, Bogotá, Edit. Temis, 2005, págs. 460 y ss.

rica, anterior a los contractualismos racionalistas y a la exégesis, a la que acudieron los pensadores liberales en apoyo de sus planteamientos. Respecto de ellas sí es viable afirmar, sin reservas, que el derecho es *esencialmente legislado* y no consuetudinario, aunque, como en todas las expresiones de lo jurídico, se afirme y se realice en las tres dimensiones que prohíja este ensayo. La justicia, las normas y los hechos tienen en el derecho tributario una vida plena tanto en el momento de la creación de la ley como en los de su interpretación y aplicación, pero siempre desde la perspectiva de ese riguroso y liberal principio que por tantos años ha sido compañero de la historia en las repúblicas y principados que respeten las libertades públicas y derechos fundamentales y prohíjan la separación de poderes: *nullum tributum sine lege*.

Apéndice III

LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LA FUNCIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO "LEGISLADOR NEGATIVO"

Comentarios sobre la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la "inexequibilidad diferida" de los artículos 233, literal a), del decreto-ley 1333 de 1986 y literal c) del artículo 1º de la ley 97 de 1913
(Sent. C-221 de 1997, M. P.: Alejandro Martínez Caballero)

En los países en los cuales se ha asignado la función de la guarda de la integridad y la supremacía de la Carta Política a un tribunal constitucional habilitado para declarar la inexequibilidad de leyes emanadas del Parlamento cuando quiera que las considere contrarias a la "norma de normas", los juristas y la sociedad en general suelen preguntarse sobre el significado de esa función a la luz de la separación de poderes.

En Colombia, por ejemplo, suele decirse que la Corte, so pretexto del control constitucional que le compete, ha invadido terrenos de competencia de la rama legislativa del poder público mediante la creación de verdaderas normas jurídicas con fuerza vinculante sobre los asociados o la modificación del ordenamiento previsto por el Congreso.

Empero, también se encuentran numerosos trabajos que reparan en el hecho de que si bien la Carta Política de 1991 es demoliberal y conserva la tradicional estructura de separación del poder público en ramas que ostentan supremacía en lo que es de su competencia,

su mayor y más reconocida preocupación radica en los derechos fundamentales y su efectiva protección a través de la acción de tutela y la prevalencia de la Constitución. Ante tan encomiable orientación, se anota con certeza, los jueces encargados de la custodia de la Carta deben superar el estrecho panorama de la interpretación literal para comprometerse con un profundo y objetivo análisis de la realidad que solo es posible en personas que, por su amplia formación humanística, están en condiciones de participar en ese proceso ininterrumpido de creación del derecho[1]. Y, como se observa en la introducción de este trabajo, la misma Corte Constitucional ha sido enfática al destacar el papel del juez y del control de constitucionalidad en el actual contexto de un poder legislativo que ha perdido liderazgo político y credibilidad y un poder ejecutivo cuestionado e ineficiente[2].

En todo caso, lo cierto es que, sin perjuicio del valioso aporte que ha hecho para afianzar el proceso iniciado con la Carta de 1991, la Corte Constitucional de Colombia ha desbordado en ocasiones su papel de juez para asumir funciones propias de un legislador que contrasta con nuestro sistema de separación de poderes aunque se le examine a la luz del "nuevo derecho".

Es lo que ocurre con la sentencia a examinar en estas páginas, mediante la cual la corporación se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad que censuraba la habilitación legal a los concejos municipales para la creación de impuestos sobre la actividad de "extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los cauces de los ríos y arroyos"; esto es, sobre una actividad que, a la luz de lo previsto por el artículo 360 de la Carta Política, debe dar lugar a "regalías" a favor del Estado en los términos que disponga la ley.

[1] Véase, por ejemplo, el trabajo de MANUEL JOSÉ CEPEDA intitulado "Los derechos fundamentales y la interpretación de la Constitución de 1991", en revista *Ciencia Política*, IV trimestre de 1991, Tierra Firme, págs. 39 a 49.

[2] Nada más apropiado, para examinar la posición de nuestro máximo tribunal constitucional, que la sentencia T-778, de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

A juicio de la Corte, las disposiciones acusadas contravienen lo previsto en la Carta Política porque permiten que órganos distintos del Congreso, como son los concejos municipales, regulen, en forma de impuestos del orden territorial, lo que en realidad son regalías que han de sufragar los explotadores de recursos naturales no renovables a favor del Estado. En este sentido, la corporación se apartó del concepto del procurador general de la nación y de los puntos de vista expuestos por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, a solicitud de la Corte, conforme a los cuales los impuestos a la actividad extractiva en cuestión no son incompatibles con las regalías ni envuelven una forma velada de este tipo de "participación" o "precio" que permita su regulación mediante acuerdos municipales. Según el instituto, en opinión que comparte el autor de este trabajo, "cualquiera que sea la concepción que se adopte para explicar la naturaleza de las regalías ("regalía precio" o "regalía participación") [...] el hecho de que el Estado tenga derecho a percibirlas [...] no se opone a la creación de impuestos a la extracción de recursos naturales, pues la naturaleza de una y otra prestación [...] es sustancialmente distinta"[3].

En contraste, los términos con que la Corte descarta la coexistencia de impuestos y regalías que tengan como hecho generador la actividad extractiva son enfáticos: "esta incompatibilidad deriva además de la específica y particular regulación constitucional de las regalías, que podría ser desfigurada si se admitiera la posibilidad de que la explotación de recursos no renovables fuera gravada con tributos. En efecto, más allá de las distinciones conceptuales entre las figuras, un impuesto sobre la explotación de un recurso no renovable se asemeja en la práctica a una regalía, ya que el particular que explota el recurso debe pagar por tal concepto al Estado una suma determinada, situación que es prácticamente idéntica a la contraprestación que exige el artículo 360 de la Carta. Por ende, de admitirse la posibilidad de que el legislador imponga tributos sobre la explotación de recursos no renovables, se estaría permitiendo que la ley desconozca las regulaciones constitucionales en materia de regalías. Por ejemplo,

[3] Véase el concepto del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, del cual fue M. P.: Mauricio Piñeros Perdomo, en Revista *Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, núm. 47, vol. II, Bogotá, 1997.

como lo sugiere el actor, la ley podría establecer, en vez de una regalía, un impuesto estrictamente municipal a la explotación del petróleo, con lo cual todas las entradas derivadas de ese esencial recurso natural quedarían en algunos municipios, desconociéndose de esa manera la existencia del Fondo Nacional de Regalías y la función redistributiva que este tiene (Const. Pol., art. 361). O, por el contrario, la ley podría consagrar un impuesto estrictamente nacional por la explotación de este recurso, con lo cual se estarían desconociendo los derechos de participación y compensación de las entidades territoriales (Const. Pol., art. 360). Por ello no parece admisible que sobre la explotación de los recursos naturales no renovables existan impuestos, por cuanto las regalías son obligatorias y se encuentran sujetas a una regulación constitucional muy específica, cuyo contenido esencial debe ser respetado por la ley y garantizado por el juez constitucional"[4].

Tal aseveración de la sentencia, sin embargo, halla su respaldo en un equívoco manifiesto como es el de pretender que la creación de impuestos que tengan como hecho generador la misma actividad generadora de la retribución contraprestacional a favor del Estado impide que haya regalías y que las mismas se distribuyan en los términos previstos en la Constitución y la ley. Es evidente que ni los municipios ni la nación pueden establecer impuestos que excedan de la capacidad contributiva de los sujetos pasivos porque, al hacerlo, lograrían un efecto contrario de reducción de los recaudos que, como bien lo ha descrito ARTHUR LAFFER, se genera por el desestímulo a la inversión y las deleznables prácticas de evasión a que induce un sistema de tributos excesivo e injusto[5].

El poder tributario del Congreso y de las asambleas departamentales y concejos municipales, en sus expresiones originaria y derivada, no tiene más limitaciones que las previstas en la Carta Política. Tal es el caso de la imperativa regla según la cual solo los muni-

[4] Apartes de la sent. C-221, de 1997, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[5] Véase al respecto MAURICIO A. PLAZAS VEGA, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, págs. 137 a 140.

cipios pueden gravar la propiedad inmueble (Const. Pol., art. 317) o la prohibición al legislador de establecer exenciones o tratamientos preferenciales respecto de tributos de propiedad de las entidades territoriales o recargos sobre sus impuestos (art. 294, ibídem). Mas no ocurre lo propio con las regalías, respecto de las cuales nuestra Carta Fundamental no ha dispuesto, en parte alguna, que los titulares del poder tributario no pueden gravar con tributos la misma actividad generadora de esa contraprestación.

A juicio de la Corte Constitucional, tal incompatibilidad resulta de un análisis contextual de la Carta conforme al cual el establecimiento de impuestos que tengan como "hecho generador" la actividad originaria de la retribución contraprestacional a favor del Estado, incide de manera negativa sobre el sistema nacional de regalías y altera los criterios de cuantificación y reparto que han previsto la Constitución y la ley. Y con ese criterio llega a afirmar, en la sentencia en análisis, que "la constitucionalización de las regalías, y el particular régimen que las regula (Const. Pol., arts. 360 y 361), implica el establecimiento de una prohibición a los impuestos sobre la explotación de tales recursos".

Los argumentos del juez constitucional, que preceden a tan enfática conclusión, más parecen planteamientos propios de la rama legislativa del poder público y ponen de manifiesto una clara orientación a la creación de derecho de alcance constitucional que, en definitiva, se tradujo en la limitación al ejercicio del poder tributario que aquí se comenta. Dijo la corporación:

"Para que sea constitucionalmente legítimo que la ley pueda imponer, además de las regalías que ordena la Carta, unos impuestos sobre la explotación de los recursos no renovables, es necesario que existan unos criterios conceptuales que permitan al juez constitucional determinar cuándo tales impuestos afectan el contenido esencial del régimen de regalías. Ahora bien, un examen judicial de esta naturaleza es muy problemático, pues no existen elementos cuantitativos o cualitativos que posibiliten que el juez constitucional, frente a un caso concreto en que coexisten impuestos y regalías sobre la explotación de un recurso no renovable, pueda establecer en forma razonable si ha habido o no una desfiguración del contenido esencial del régimen de las regalías. Así, no es posible dar respuestas satisfactorias

a interrogantes como los siguientes: ¿A partir de qué tarifa la existencia del impuesto afecta el régimen constitucional de las regalías? ¿Solo hay vulneración de la Constitución cuando la tarifa del impuesto es superior a la regalía, o son posibles otras hipótesis en que tarifas tributarias inferiores pueden implicar también una vulneración de la Carta? O, por el contrario, ¿podemos admitir tarifas superiores a los montos de las regalías siempre y cuando ellas no sean desproporcionadas? La Corte considera que esos interrogantes, y otros similares, no son susceptibles de recibir respuestas jurídicas claras sin caer en un análisis *ad hoc* incompatible con la seguridad jurídica que deben tener los criterios del juez constitucional. Por ende, frente a tal situación, la Corte no puede admitir que los impuestos coexistan con las regalías, ya que no existen criterios prácticos que permitan ejercer un control constitucional adecuado a fin de evitar que los impuestos sobre la explotación de los recursos no renovables terminen desfigurando un régimen como el de las regalías, que no solo es de obligatorio cumplimiento sino que, además, sus contornos esenciales fueron ya definidos por el propio constituyente. En tales circunstancias, y teniendo en cuenta que la Constitución le impone el deber de proteger el régimen constitucional de las regalías (Const. Pol., arts. 241, 360 y 361), la Corte no podía sino concluir que la Corte prohíbe que la ley defina como hecho gravable la explotación de un recurso no renovable".

Como se observa, tanto en sus razonamientos como en la conclusión la sentencia de la Corte realiza una evidente labor de creación de derecho; a tal punto, que amplía las limitaciones constitucionales al poder tributario al amparo de una incompatibilidad entre impuestos y regalías que la Carta Política no ha previsto.

La función de interpretar la Constitución, en este caso, excedió su natural alcance para devenir en el ejercicio de una función que solo le compete al legislador o al soberano, en este último evento mediante los mecanismos de participación popular previstos en la Carta, como es la de adicionar la "norma de normas" con un nuevo precepto.

Y no porque el derecho tenga las dimensiones dikelógica, normativa y fáctica que en esta obra se destacan puede llegar a aceptarse que el juez está en condiciones de ampliar, de esa manera, los límites al poder tributario. Es cierto que la eficacia del régimen de regalías

sugiere que la incidencia impositiva sobre la actividad generadora de la retribución estatal sea mesurada y acorde con la "capacidad contributiva" del explotador de los recursos originarios; mas también lo es que ese tipo de consideraciones le compete al titular del poder constituyente y no al juez constitucional. Como factible es que el juez retire del ordenamiento la ley que cree el impuesto si llega a la conclusión de que el tributo establecido es de tal manera injusto que viola la exigencia constitucional relacionada con el deber de contribuir "al financiamiento los gastos [sic] e inversiones del Estado *dentro de conceptos de justicia y equidad*" (Const. Pol., art. 95, num. 9). Pero esta última no es la hipótesis que aquí se examina, ni sirve de apoyo a la sentencia de la Corte Constitucional.

La corporación, sin embargo, acudió en el fallo a un discutible mecanismo que pone de manifiesto la preocupación por sus implicaciones en el sistema de separación en ramas del poder público que, a juicio de quien esto escribe, no solo no supera el exceso de la Corte sino que contrasta con los propios argumentos de razonabilidad y conveniencia expuestos a lo largo del fallo: reconocer que la disposición demandada es contraria a la Constitución, pero permitir que prosiga en sus efectos por un lapso prudencial durante el cual el Congreso pueda cumplir la obligación de establecer regalías como contraprestación por la misma actividad generadora del impuesto municipal autorizado. Son estos, entre otros, los planteamientos de la corporación:

"[...] si la Corte puede declarar la inexequibilidad de una norma (Const. Pol., art. 241), nada obsta para que pueda también diferir los efectos de tal decisión si esa es la mejor forma de asegurar la integridad de la Constitución, como sucede en el caso que se estudia. La constitucionalidad temporal no compromete entonces el principio de división de las ramas del poder público. Por el contrario, se trata de una expresión de la colaboración de las mismas para la realización de los fines del Estado (*ibidem*, art. 113), en particular para la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales y del interés general (*ibidem*, art. 2º). En este sentido, la Corte [...] está llamada a adoptar una decisión razonable que permita la participación del órgano legitimado constitucionalmente para definir las reglas generales del comportamiento social, a fin de armonizar, en un tiempo

prudencial, los derechos e intereses que pudieren verse afectados con un fallo de inexequibilidad y aquellos que efectivamente se afectan con la norma que debe ser declarada inexequible".

Al respecto, cita en su apoyo algunos antecedentes del Tribunal Constitucional Austríaco relacionados con sentencias de inexequibilidad "diferidas" en las cuales el juez constitucional fija en el fallo un término prudencial para que el legislador adopte las decisiones que sean del caso, habida cuenta de la inconstitucionalidad de la ley, transcurrido el cual, en ausencia de una nueva ley, la disposición acusada deje de producir efectos (sea "inexequible"). En tales casos, anota la Corte, "el Tribunal Constitucional le encarga al legislativo, a veces con plazo determinado, a veces sin plazo, que modifique la ley para adaptarla a la Constitución".

En definitiva, la corporación concluye que es de su incumbencia "adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Carta, dentro del mayor respeto por la libertad de configuración del legislativo y la búsqueda del mayor equilibrio entre la seguridad jurídica y la realización efectiva de los valores y derechos contenidos en la Constitución".

Lo que sorprende del fallo en análisis, es que después de cuestionar el hecho de que la ley habilite a los concejos municipales para crear impuestos que tengan como hecho generador la misma actividad originaria de las regalías, opte por permitir que ello ocurra por un espacio de tiempo de cinco años, en espera de que el Congreso cumpla la obligación de legislar sobre la materia.

La decisión de diferir en el tiempo la inexequibilidad de normas que contraríen la Constitución puede tener por objeto la prevalencia del sistema de separación de poderes, pero solo es admisible en casos excepcionales cuya evaluación, por parte del juez constitucional, debe ser acorde con su compromiso de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta. Y para quien esto escribe, salvedad hecha de la opinión ya expuesta en el sentido de que la norma demandada sí se ajusta a la Constitución, porque las regalías son compatibles con los impuestos, los razonamientos de la Corte para demostrar la inconstitucionalidad habrían sido más acordes con una inexequibilidad inmediata que diferida.

De cualquier manera, lo que cabe destacar en este trabajo es el hecho de que nuestro tribunal constitucional haya acogido la opción de la "inexequibilidad diferida" como una de las formas de modular los efectos en el tiempo de las sentencias que profiere, no obstante que el artículo 45 de la ley 270 de 1996, estatutaria de la justicia, se limita a decir, al respecto, que "las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, *tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte decida lo contrario*" (subrayamos).

Para la Corte, el hecho mismo de que deba velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta la habilita para proferir sentencias de constitucionalidad temporal, aun a pesar de que al hacerlo tenga por cierto que la norma de que se trate es contraria a la Constitución. Hay ocasiones, advierte en el fallo, en las cuales la declaratoria de inexequibilidad con efectos inmediatos puede ser aun más lesiva del ordenamiento constitucional que su subsistencia temporal. En esos casos, en interés de la prevalencia de la "norma de normas", y no por simples motivos de conveniencia, el juez constitucional debe optar por postergar en el tiempo la vigencia de la norma inconstitucional en espera de que la "libertad de configuración del legislador" se manifieste mediante la corrección de los vicios de inconstitucionalidad que afecten al ordenamiento censurado.

Para la Corte, lejos de afectarse con ese tipo de determinaciones la estructura de la separación de poderes se garantiza en todos sus aspectos, porque hace posible que cada uno de sus órganos concurra con lo suyo para hacer posible el cumplimiento de los fines perseguidos por el constituyente.

Como es natural, ese planteamiento ha dado lugar a encontradas posiciones las más de las cuales, amparadas en los alcances jurídicos y de cosa juzgada de las sentencias del tribunal constitucional, encuentran inaceptable una modulación temporal de los fallos de esas características. Empero, lo cierto es que en la dinámica del sistema de normas pueden presentarse conflictos entre principios y reglas constitucionales en presencia de los cuales se haga necesaria una evaluación contextual, por parte del juez constitucional, cuyo resultado sea la necesaria subsistencia temporal de la norma.

Con todo, es del caso insistir en que la "inexequibilidad diferida" ha de ser excepcional y solo puede ser concebida como último recurso. En ese sentido, la sentencia en análisis es enfática:

"Sin embargo, es necesario señalar que para que proceda una declaración de inconstitucionalidad diferida se requiere que esta sea la única alternativa que posibilite la defensa integral del orden constitucional. No se trata entonces de una decisión sujeta a valoraciones políticas o de conveniencia, sino al resultado de un estudio de los efectos del fallo de inexequibilidad sobre las normas constitucionales. Tampoco constituye, este tipo de fallos, una opción del juez constitucional. Siempre que exista la posibilidad de excluir o mantener definitivamente una norma en el ordenamiento debe optarse por esta alternativa, pues ella genera mayor certidumbre y confianza en el sistema jurídico-constitucional. Sin embargo, en casos límites en los cuales quede claramente establecido el virtual efecto inconstitucional del fallo, la Corte debe modularlo para garantizar la protección integral del orden constitucional".

La importancia del fallo es indudable porque, en clara expresión de lo que puede significar el ejercicio del poder del juez constitucional, a un mismo tiempo desconoce y pretende afirmar el tradicional sistema de separación de poderes: lo primero, al decidir, a la manera del legislador y del propio constituyente, que además de las limitaciones al poder tributario previstas de manera expresa en la Constitución hay otra implícita según la cual la ley no puede crear ni autorizar impuestos que tengan como hecho generador la misma actividad originaria de regalías por la explotación de recursos naturales no renovables. Y lo segundo, al asignar un plazo al Parlamento para que establezca las regalías sobre la actividad en cuestión transcurrido el cual, en ausencia de un pronunciamiento del legislador, sobrevendría la inexequibilidad de la disposición demandada.

Dada la ausencia de una instancia que examine las sentencias del juez constitucional, es del caso reiterar que en situaciones como la expuesta la doctrina puede obrar como vía de expresión de la sociedad civil. Cabe decir, con PÉREZ ROYO, que "en última instancia, la única defensa de la sociedad frente al Tribunal Constitucional resi-

de en la formación de una *opinión pública constitucional* que reconozca, o no reconozca, de manera difusa, no tangible, pero no por ello menos efectiva, la *legitimidad* con la que el juez de la constitucionalidad está llevando a cabo su tarea de *máximo intérprete de la Constitución*"[6].

[6] JAVIER PÉREZ ROYO, "El tribunal constitucional: entre política y derecho", en la obra *Los reveses del derecho*, Barcelona, Tusquets Editores, 1993, pág. 157.

Apéndice IV

EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL COMO UNA DECLARACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL FRUTO DE LA CUAL INTERVIENE EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Comentarios sobre la sentencia de la Corte Constitucional que declaró el "estado de cosas inconstitucional" por la situación de los desplazados en Colombia (Sent. T-025 de 2004, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa)

Mediante la sentencia T-025, del 22 de enero de 2004 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte declaró el *estado de cosas inconstitucional* por la situación de la *población desplazada por la violencia*, con ocasión de ciento siete (107) expedientes relacionados con tutelas interpuestas por cerca de mil ciento cincuenta (1.150) núcleos familiares.

Como precedentes que a la postre culminaron en esa declaratoria, la Corte recuerda, en la sentencia, que en ocasiones anteriores se había referido al drama del *desplazamiento* como *un problema de humanidad*, *un estado de emergencia social*, una *tragedia nacional* y *un serio peligro para la sociedad colombiana*.

Ya en siete oportunidades anteriores, como se comenta en el capítulo I de la obra, la Corporación se pronunció sobre casos en los cuales se configuraban, a su juicio, los presupuestos para declarar el *estado de cosas inconstitucional*, con la inmediata consecuencia de la participación activa e imperante de la Corte en la conformación y ejecución de las políticas públicas en lo que toca con las temáticas materia de sus decisiones.

Pero indudablemente, por la trascendencia del problema que agobia a nuestra patria y el alcance del fallo, cuyos beneficiarios pueden oscilar entre tres y cinco millones de personas, la sentencia T-025, citada, representa un hecho histórico, de grandes implicaciones, que invita a la reflexión sobre los límites del juez constitucional y la armonía de sus fallos con el *equilibrio* y la *separación de poderes* que informan a nuestro sistema democrático.

Es claro que la función de velar por el cabal e integral acatamiento de la Constitución Política, que le incumbe a la Corte Constitucional, debe reparar en que Colombia es un *Estado social* que declara y protege una serie de derechos y garantías fundamentales que no pueden quedar como letra muerta, ni en todo ni en parte, sino que suponen una decidida acción del Estado para que se respeten en forma oportuna y completa.

Como es conocido, al respecto, que la Carta Política de 1991, en buena parte como consecuencia de su declarado compromiso con el *Estado social*, incrementó de manera notoria el *gasto público* e indujo, en tal sentido, a una presión presupuestal que se evidencia en las cifras de la *hacienda pública* anteriores y posteriores a la promulgación de la nueva Constitución.

Sabido es, por otra parte, que el artículo 86 de la Carta consagra la *acción de tutela* como instrumento fundamental del *Estado social* para que los asociados puedan hacer valer sus derechos fundamentales cuando quiera que sean o puedan llegar a ser vulnerados. Y sería necio desconocer la trascendencia que la tutela ha representado en la práctica para la población vulnerable en Colombia y la encomiable labor que al respecto ha cumplido la Corte Constitucional, por medio de una jurisprudencia de hondo contenido social que ha procurado impedir la arbitrariedad y la indolencia de las entidades comprometidas con el acatamiento de esos derechos.

Mas lo que corresponde tratar en este apéndice es la posibilidad de que la misma Corte, al amparo de su función como guardiana de la Constitución, se arrogue la facultad de declarar el *estado de cosas inconstitucional* y, por esa vía, trascienda el alcance individual de la tutela para devenir en partícipe dominante e imperativa en las políticas públicas que, por su naturaleza y sus alcances, les corresponden

de fijar a otros órganos y, en especial, a la *rama ejecutiva* del *poder público*. Las preguntas sobre el particular surgen, de modo inevitable: ¿Es admisible que el cauce de las políticas públicas lo determine un órgano que, según nuestra Carta Política, cumple funciones jurisdiccionales?; ¿Está en condiciones la Corte, al pronunciarse en tal sentido, fijar pautas que trascienden en mucho la especialidad jurídica de sus magistrados y se adentran en complejas materias económicas, sociológicas, sanitarias, de finanzas públicas y tantas otras que suelen concurrir en situaciones como las que han dado lugar a esta clase de pronunciamientos?; ¿Qué grado de certeza ofrecen para los destinatarios de las órdenes de la Corte los fallos que declaran el *estado de cosas inconstitucional* y delimitan y orientan en determinado sentido las políticas públicas que inciden sobre los *derechos fundamentales* vulnerados?; ¿Cómo evitar una proliferación de autos posteriores a la sentencia que declara el *estado de cosas inconstitucional,* de los cuales se desprende que no hay tal certeza, como ha ocurrido precisamente con la sentencia T-025 sobre desplazados?; ¿Cómo evaluar, sin relativismos ni reorientaciones, según sean las dificultades que se presenten con motivo de la ejecución de la sentencia, si los destinatarios de las órdenes las cumplen efectivamente?; ¿Cuál es el límite de la Corte tanto para la declaración en cuestión como para las órdenes que imparte a partir de la misma?; ¿Basta en estos casos la alusión al compromiso de la Corte de velar por el acatamiento pleno de la Constitución Política o sería necesaria, además, una disposición de la Carta que la habilitara para declarar el *estado de cosas inconstitucional* y obrar de conformidad?; en tal sentido, ¿serían cuestionables las sentencias que así han procedido a pesar de no mediar la norma?; ¿Cuáles pueden ser las consecuencias para los funcionarios que incumplan lo ordenado por la Corte y, en ese orden de ideas, cómo conciliar esas consecuencias con el principio *nulla paena sine lege* si no hay norma alguna que se refiera al *estado de cosas inconstitucional* ni a sus consecuencias?;

Sea lo primero, al respecto, recordar los requisitos que, según la misma Corte, deben concurrir para que se pueda declarar el *estado* en cuestión, a los cuales se refiere la sentencia T-025 de 2004, materia de este Apéndice, mediante la trascripción del aparte pertinente, in-

cluidas las notas de pie de página que le sirven de apoyo, las cuales ilustran de manera muy útil la materia: Son ellos los siguientes[1]:

"(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas[2]; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos[3]: (iii) la adopción de prác-

[1] Se transcribe aquí el aparte de la sent. T-025, de 2004, que alude a los requisitos ante cuya concurrencia procede la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*, incluidas las notas de pie de página en las cuales la Corte se refiere a los antecedentes jurisprudenciales en que se apoya el fallo.

[2] Por ejemplo en sent. SU-559 de 1997; M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional por la omisión de dos municipios de afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a pesar de que se hacían los descuentos respectivos de los salarios devengados para el pago de dichos aportes, al encontrar la vulneración a muchos maestros de todo el país. Dijo la Corte: "30. De acuerdo con lo expuesto, la situación planteada por los actores tiene que examinarse desde una doble perspectiva. De una parte, se trata de un problema general que afecta a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa. De otra parte, la acción de tutela compromete a dos municipios que por falta de recursos no han dado cumplimiento efectivo a sus obligaciones frente a los educadores que han instaurado la acción de tutela". Nota pie de página incluida en sentencia T-025, de 2004, de la Corte Constitucional.

[3] Por ejemplo, en sent. T-153 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, que declaró el estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento y las condiciones indignas de reclusión en las distintas cárceles colombianas, dijo la Corte: "Así mismo, como se vio en el aparte acerca del hacinamiento desde una perspectiva histórica, el fenómeno de la congestión carcelaria ha sido recurrente, e incluso han existido períodos en los que la sobrepoblación ha alcanzado grados mucho más extremos que el actual. A pesar de ello no se percibe de parte del Estado el diseño de

ticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado[4]: (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos[5]; v) La existencia de un problema social cuya solución compromete la

políticas destinadas a evitar situaciones como la actual. Del análisis histórico surge la conclusión de que la actitud del Estado ante estas situaciones es siempre reactiva, es decir que solamente ha actuado en este campo cuando se encuentra en presencia de circunstancias explosivas, como la actual. En esas circunstancias ha recurrido tanto a la despenalización o a la rebaja de penas, como a la construcción apurada de centros de reclusión". Nota pie de página sent. T-025, de 2004, de la Corte Constitucional.

[4] Por ejemplo, en sentencia T-068 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, en la que se declaró un estado de cosas inconstitucional por la mora habitual de la Caja Nacional de Previsión en resolver las peticiones presentadas por jubilados. La Corte dijo "8. Así mismo, como se constató en la inspección judicial, la acción de tutela es prácticamente un requisito para que se resuelva la solicitud dentro del término legal, la cual genera un procedimiento administrativo paralelo que produce un desgaste del aparato judicial y una tergiversación del objetivo de la acción de tutela, lo cual afecta gravemente el interés general y el interés particular de quienes vienen siendo afectados de manera directa por la ineficiencia de la Caja Nacional de Previsión, pese a que se aprecia una superación en comparación con el caos anterior, de todas maneras tratándose de jubilados el esfuerzo estatal debe ser el máximo".

[5] Por ejemplo en sent. T-1695 de 2000, M. P.: Marta Victoria Sáchica Méndez, en donde la Corte declaró la continuidad del estado de cosas inconstitucional por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios, la Corte señala que la falta de una disposición que permitiera la convocatoria a un concurso general de méritos hacía que el estado de cosas inconstitucional declarado en sentencia SU-250 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, continuara. Dijo la Corte "En este orden, cabe concluir, que si bien la convocatoria efectuada por el acuerdo núm. 9 de 1999 no vulnera frente a los demás aspirantes el

intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante[6]; (vi) si todas

---

derecho a la igualdad de los actores para acceder al cargo de notario en los circuitos para los cuales se abrió el concurso, lo cierto es que sí restringió la igualdad de oportunidades de los aspirantes al no incluir todas las plazas notariales, en abierto desconocimiento del precepto constitucional, lo que sin duda configura una vulneración de un derecho fundamental, que persistirá en tanto no se realice un concurso de méritos en las condiciones establecidas por la Carta Política y reiteradas por la jurisprudencia constitucional. [...] Por lo anterior, y reconocida la continuidad del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional desde la sentencia SU-250 de 1998, al no poner en funcionamiento la carrera notarial, que si bien se trató de subsanar por el órgano competente al convocar el concurso de méritos de que trata esta providencia, el mismo no se hizo conforme a la Constitución, pues debía haber incluido todas las plazas de notario existentes en el país y garantizar no solo las mismas oportunidades para todos los participantes, sino la aplicación plena de los preceptos constitucionales. Así las cosas, el restablecimiento de los derechos fundamentales de los actores y la observancia del ordenamiento superior sólo puede producirse cuando la provisión de los cargos de notario se realice mediante la celebración de un concurso de méritos abierto y público que tenga como objeto cumplir el mandato constitucional tantas veces reseñado. Para el efecto, no basta entonces, la simple suspensión del proceso de concurso, hecho que ya se produjo, pues el estado de cosas inconstitucional persiste, lo que exige que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en un término razonable, convoque a un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país, tal como habrá de ordenarse en esta providencia". Nota pie de página incluida en sentencia T-025, de 2004, de la Corte Constitucional.

[6] Por ejemplo, en sent. T-068 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, la Corte dijo "De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instau-

las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial"[7].

raron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta Corporación en esos años (aproximadamente 94.000), se observa cómo casi un 16% de todas la tutelas del país se dirigen contra esa entidad. Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas a las que consideran tener derecho". Igualmente, en sentencia T-153 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte dijo lo siguiente: "53. En las sentencias SU-559 de 1997 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general —en tanto que afectan a multitud de personas—, y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional". Nota pie de página incluida en sentencia T-025, de 2004, de la Corte Constitucional.

[7] En la misma sentencia T-068 de 1998, se dijo "10. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión concluye que la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucional, lo cual no sólo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones".

No cabe duda sobre la lamentable situación en que se encuentran los desplazados en Colombia, como lo pone de presente la simple referencia a sus derechos vulnerados de forma permanente y masiva, a los cuales alude la sentencia de la Corte: el *derecho a la vida en condiciones de dignidad*: los derechos de *los niños, las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de la tercera edad*; *el derecho a escoger un lugar de domicilio*; los derechos al *libre desarrollo de la personalidad*, la *libertad de expresión* y la *asociación*; un sinnúmero de *derechos económicos, sociales y culturales*; el *derecho a la unidad familiar*; el *derecho a la salud*; el *derecho a la seguridad personal*; el *derecho a la integridad personal*; el *derecho a la libre circulación en el territorio nacional*; el *derecho al trabajo*; el *derecho a una alimentación mínima*; el *derecho a la educación*; el *derecho a una vivienda digna*; el *derecho a la paz*; el *derecho a la seguridad jurídica* y el *derecho a la igualdad.*

Estamos ante un verdadero flagelo, cuyas dimensiones no cuentan con una cifra cierta pero, si se acoge la metodología del promedio de los cálculos que han efectuado las entidades especializadas, pueden arribar a más de tres millones de colombianos desplazados por la violencia cuyas condiciones, en muchos casos, son de *indigencia* o *pobreza extrema.* Flagelo que, no obstante comprometer al Estado y a toda la sociedad colombiana, permanece insoluto y sin expectativas de ser superado, ni siquiera en el largo plazo.

En tal virtud, no parece discutible, sino evidente, que se cumplen en este caso los requisitos que ha previsto la Corte para que proceda la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional.* Con ese criterio, la sentencia T-025, en análisis, pone de manifiesto muchos de los deleznables extremos a que ha llegado la situación de los desplazados y repara en la necesidad imperiosa de la declaratoria, con órdenes terminantes a las entidades estatales comprometidas con su atención, en el sentido de hacer lo necesario para ponerle término. Pero es tal la magnitud del problema y son tantos los factores y variables que tienen que ver con esa *tragedia nacional*, que la Corte Constitucional ha tenido que denunciar, de manera continuada, que lo ordenado no se ha cumplido y, en no pocos casos, ha reorientado las pautas y criterios a atender en pos de su cumplimiento. De ahí los numerosos autos que ha expedido la corporación en tal sentido

y los informes que con frecuencia elabora la Procuraduría General de la Nación, generalmente para denunciar que lo dispuesto por la sentencia T-025 no se ha acatado.

Tampoco se puede negar que aun a pesar del incumplimiento a lo ordenado por la Corte y las ostensibles dificultades y dudas que han surgido en torno al sentido y los alcances de sus mandatos, la sentencia que declaró el *estado de cosas inconstitucional,* en el caso que aquí se examina, ha surtido efectos importantes en el sentido de promover una conciencia nacional e internacional sobre el problema del desplazamiento e inducir una oportuna y rigurosa gestión de vigilancia y seguimiento a la labor gubernamental, por parte de la Procuraduría General de la Nación. Los numerosos documentos de trabajo que sobre el tema se han preparado en el seno del Estado y de la sociedad civil, incluidos por supuesto los objetivos informes de la Procuraduría y las investigaciones que han emprendido las universidades, así como la vinculación activa de las cajas de compensación y otras entidades del sector solidario para afrontar el flagelo, para citar solo dos ejemplos, son efecto y expresión clara del fallo de la Corte.

Pero más allá de todas esas consideraciones queda el interrogante sobre la viabilidad constitucional y política de ese gran poder que para la Corte supone la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*, en función del cual todas las autoridades estatales quedan subordinadas a sus designios por el hecho de ostentar el título de encargada de la guarda de la Constitución Política.

Al decir de la Corporación, una de las razones fundamentales para la comentada declaratoria es impedir la congestión de los despachos judiciales que se generaría por la proliferación de tutelas, si no se optara por esa medida. A lo cual agrega que debe mediar una vulneración constante de los derechos fundamentales de numerosos afectados y una deficiencia estructural que haga necesaria la concurrencia de varias entidades para superar el *estado de cosas inconstitucional*.

Pero la posibilidad de la declaratoria y los requisitos en que se apoya no obedecen a nada distinto de la construcción jurisprudencial efectuada por la misma Corte, sin norma alguna que delimite los alcances de la sentencia que a su parecer deba expedir, como no sea la garantía efectiva de los derechos fundamentales vulnerados. Basta con que la Corte, según los presupuestos estructurados por ella mis-

ma, concluya que en determinado caso se configura el *estado de cosas inconstitucional* para que, al amparo de esa situación, quede investida de amplias facultades para impartir las instrucciones y mandatos de alcance general que crea necesarios con miras a preservar el orden constitucional. Veamos lo que sobre el particular ha considerado la Corporación en una reiterada jurisprudencia sobre la materia que se inició en 1997:

"Se pregunta la Corte si, desde ahora, de verificarse que el comportamiento omisivo indicado viola la Constitución Política, es posible que la Corporación, en razón de sus funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional. La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante, por las siguientes razones:

(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C. P., art. 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.

(2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos"[8].

El punto de partida, a no dudarlo, es la *acción de tutela* prevista en el artículo 86 de la Constitución Política; pero el de llegada es sorprendente porque no se trata ya de la orden individual que pueda ser impartida para un caso específico de violación de derechos funda-

[8] Cfr. entre otras, sents. SU-559 de 1997 y T-068 de 1998.

mentales, como ocurre con la tutela, sino de mandatos generales que interfieren en la estructura misma de las políticas públicas, como expresamente lo ha reconocido la Corte al aludir a la deficiencia estructural como uno de los requisitos para que proceda la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*. Lo cual significa que si se reúnen los demás presupuestos y hay una deficiencia de esos alcances, la Corte, en virtud del *estado de cosas en contravención a la Carta Política*, puede disponer lo que ha de hacerse para superarlo, lo que no es otra cosa que intervenir activamente en las políticas públicas.

Y, tal como se anota en el Capítulo I de este libro, además del *principio de progresividad* en la garantía, protección, goce y disfrute de los *derechos económicos, sociales y culturales*, el sustento doctrinario del *estado de cosas inconstitucional* lo ha encontrado la Corte en el tránsito de la visión de los *derechos fundamentales* como simples *derechos subjetivos*, originarios de sentencias de tutela con *efectos inter partes*, a derechos que comportan también una *dimensión objetiva* que trasciende el ámbito meramente individual para adquirir connotaciones de mayor alcance. Los *derechos fundamentales*, con ese criterio, ya no entrañan solo un imperativo de respeto por parte de las autoridades sino que las compromete con su efectiva y cabal realización. Desde ese punto de vista, el paradigma de ROBERT ALEXY sobre los *derechos fundamentales* como verdaderos *principios* que entrañan *mandatos de optimización* adquiere una importancia decisiva para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en pos de una acción eficaz del Estado para que todos los asociados, y de manera especial los marginados y excluidos sociales, los ejerzan verdaderamente. Los *principios*, al decir de ALEXY, entrañan *mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas*[9].

Es sobre esas bases que en nuestra Corte Constitucional ha he-

[9] Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pág. 86. En el mismo sentido, véase ROBERT ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, págs. 13 y ss.

cho carrera la defensa del *activismo judicial* en pos de la garantía efectiva de los *derechos fundamentales* aunque para ello se acuda, de ser necesario según las condiciones y requisitos expuestos, a la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional* y a las órdenes de alcance general que, en el marco de la misma, imparta la corporación a las más variadas autoridades del Estado, como ocurre con la sentencia materia de este epílogo y con la treintena de autos que ha proferido, entre 2004 y 2008, para procurar su cumplimiento. Un instrumento que, según lo han entendido sus Magistrados, habilita a la Corte para obrar como titular de las más altas atribuciones que le correspondan a un estadista. Los siguientes planteamientos de la doctora CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ así lo ponen de manifiesto al describir el rol que, a su parecer, debe cumplir el juez constitucional en el *Estado social de derecho*:

"un juez constitucional mucho más activo socialmente, más comprometido en la búsqueda de soluciones profundas a los problemas que padece nuestro Estado y que repercuten en el disfrute cotidiano de los derechos fundamentales de los asociados. En definitiva, un juez constitucional que no se limita a impartir justicia para casos particulares, mediante una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada *inter partes*, *sino que asume una verdadera dimensión de estadista, erigiéndose en un agente de cambio, adoptando decisiones de gran calado que transcienden la esfera de lo particular, cuya ejecución compromete la acción coordinada de diferentes autoridades públicas,* y cuyo fin último es servir de catalizador a la actividad administrativa del Estado, a fin de modificar una realidad social intolerable y contradictoria a los principios que informan al Estado social del derecho" (la bastardilla no es del texto)[10].

[10] CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, "La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado *estado de cosas inconstitucional*", en Revista *Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca,* núm. 1, año 1, Santiago de Chile, 2003, págs. 201 a 228. En ese ensayo, escrito y publicado mientras la autora ejercía como magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, se advierte, por otra

Nada mejor, para confirmar cuanto se acaba de expresar, que traer al texto las órdenes impartidas por la corporación en la sentencia T-025 de 2004, que aquí se examina, precedidos de la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*. Dispuso la Corte, en lo pertinente:

"Primero.—*Declarar* la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.

Segundo.—*Comunicar*, por medio de la Secretaría General, dicho estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria dentro de los plazos que a continuación se indican:

a. A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número,

---

parte, que la jurisprudencia constitucional de nuestro país sobre el *estado de cosas inconstitucional* se apoya en la tesis de ROBERT ALEXY acerca de *derechos fundamentales* como *mandatos de optimización*. Sobre el particular puede observarse también a OSCAR DUEÑAS, *Desplazamiento interno forzado: un estado de cosas inconstitucional que se agudiza*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, trabajo elaborado con el concurso del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y con la financiación del Instituto Rosarista de Acción Social Rafael Arenas Ángel Seres.

ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación.

b. Dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia, el Director de la Red de Solidaridad Social, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el Director del Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre. Si dentro del lapso de ese año, o antes, resulta evidente que no es posible asignar el volumen de recursos establecido, deberán (i) redefinir las prioridades de esa política y (ii) diseñar las modificaciones que será necesario introducir a la política estatal de atención a la población desplazada. En todo caso, para la adopción de estas decisiones, deberá asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad, señalado en la sección 9 de esta sentencia.

c. Ofrecer a las organizaciones que representan a la población desplazada oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional e informarles mensualmente de los avances alcanzados.

Tercero.—*Comunicar*, por medio de la Secretaría General, el estado de cosas inconstitucional al Ministro del Interior y de la Justicia, para que promueva que los gobernadores y alcaldes a que se refiere el artículo 7º de la Ley 387 de 1997, adopten las decisiones necesarias para asegurar que exista coherencia entre las obligaciones,

constitucional y legalmente definidas, de atención a la población desplazada a cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos que debe destinar para proteger efectivamente sus derechos constitucionales. En la adopción de tales decisiones ofrecerán oportunidades suficientes de participación efectiva a las organizaciones que representen los intereses de la población desplazada. Las decisiones adoptadas serán comunicadas al Consejo Nacional a más tardar el 31 de marzo de 2004.

Cuarto.—*Ordenar* al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la presente sentencia, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respecta a las que fueron expuestas en los informes aportados al presente proceso y resumidas en el apartado 6 y el Anexo 5 de esta sentencia.

Quinto.—*Ordenar* al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, que en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la presente sentencia, concluya las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos a que se hizo referencia en el apartado 9 de esta sentencia.

Sexto.—*Comunicar*, por Secretaría General, la presente sentencia al Ministro de Hacienda y Crédito Público, y al Director del Departamento Nacional de Planeación, para lo de su competencia.

Séptimo.—*Comunicar*, por Secretaría General, la presente sentencia a la Ministra de Relaciones Exteriores, para lo de su competencia.

Octavo.—*Prevenir* a todas las autoridades nacionales y territoriales responsables de la atención a la población desplazada en cada uno de sus componentes, que en lo sucesivo se abstengan de incorporar la interposición de la acción de tutela como requisito para acceder a cualquiera de los beneficios definidos en la ley. Tales servidores públicos deberán atender oportuna y eficazmente las peticiones, en los términos de la orden décima de esta sentencia.

Noveno.—Comunicar la presente sentencia al Director de la Red de Solidaridad Social para lo de su competencia y *ordenarle* que

instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados, para que les informen de manera inmediata, clara y precisa la *carta de derechos básicos* de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno señalada en el apartado 10.1.4. de esta sentencia y establezca mecanismos para verificar que ello realmente suceda.

Décimo.—En relación con las órdenes puntuales para el otorgamiento de las ayudas previstas en los programas de vivienda y de restablecimiento socioeconómico, la Red de Solidaridad Social, el INURBE o quien haga sus veces, FUDUIFI o quien haga sus veces, INCORA o quien haga sus veces, así como las entidades encargadas de estos programas a nivel departamental y municipal, deberán contestar de fondo, de manera clara y precisa las peticiones presentadas por los actores en el presente proceso, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1) Incorporar la solicitud en la lista de desplazados peticionarios;

2) Informar al peticionario dentro del término de 15 días el tiempo máximo dentro del cual le dará respuesta a la solicitud;

3) Informar al peticionario dentro del término de 15 días si la solicitud cumple con los requisitos para su trámite, y en caso contrario, indicarle claramente cómo puede corregirla para que pueda acceder a los programas de ayuda;

4) Si la solicitud cumple con los requisitos, pero no existe la disponibilidad presupuestal, adelantará los trámites necesarios para obtener los recursos, determinará las prioridades y el orden en que las resolverá;

5) Si la solicitud cumple con los requisitos y existe disponibilidad presupuestal suficiente, la informará cuándo se hará efectivo el beneficio y el procedimiento se seguirá para que lo reciba efectivamente.

6) En todo caso, deberá abstenerse de exigir un fallo de tutela para cumplir sus deberes legales y respetar los derechos fundamentales de los desplazados.

[...] Décimo Octavo.—*Comunicar* la presente decisión al señor Defensor del Pueblo para que directamente o a través de su dele-

gado, efectúe un seguimiento de la manera como se dé cumplimiento a las órdenes contenidas en los numerales anteriores y si lo considera del caso, informe a la opinión sobre los avances y las dificultades encontradas.

[...] Vigésimo.—*Comunicar* la presente decisión al Defensor del Pueblo dentro de la órbita de sus competencias, haga un seguimiento del cumplimiento del presente fallo.

Vigésimo Primero.—*Comunicar* la presente decisión al Procurador General de la Nación, para que, dentro de la órbita de sus competencias, haga un seguimiento del cumplimiento del presente fallo y vigile la actuación de las autoridades.

Vigésimo Segundo.—*Informar* al Director de la Red de Solidaridad Social que sin perjuicio que los términos para dar cumplimiento a las órdenes relativas al expediente T-653010 y sus acumulados se cuenten a partir de la notificación de la sentencia, podrá adelantar todas las acciones que considere necesarias para agilizar el cumplimiento del presente fallo".

Como se observa, la sentencia de la Corte trasciende, de modo ostensible, el alcance individual y específico de las órdenes que son propias de la tutela y se acerca, en mucho, a un *manual* o *circular de instrucciones*, en su mayoría atinentes a la *rama ejecutiva del poder público,* con órdenes típicas de un jefe o superior jerárquico encaminadas a la armonía en el desarrollo de las competencias funcionales de sus subalternos: que se adopten políticas coherentes y eficientes para atender a los desplazados y garantizarles sus derechos; que se realicen las apropiaciones presupuestales necesarias para hacer posible su ejecución; que se haga seguimiento sobre el cumplimiento de metas; o que se rediseñen políticas y planes de acción cuando quiera que las metas no resulten viables.

Naturalmente, como ocurre con todo *manual de instrucciones* de estas características, muchos de sus mandatos requieren desarrollo posterior o precisiones que se hacen necesarias con ocasión del cumplimiento cotidiano de las funciones correspondientes, lo cual explica el creciente número de autos (treinta en total, hasta julio de 2008) que ha tenido que proferir la Corte en pos de lograr el cumplimiento de la sentencia. Y es también inevitable que surjan dudas e inquietudes

sobre el cabal acatamiento de lo ordenado, las cuales en muchos casos envuelven un alto grado de subjetividad: verbigracia que las políticas y metas sean adecuadas o que las partidas presupuestales sean suficientes para que los desplazados puedan disfrutar de la totalidad de sus derechos lo cual, por supuesto, obra como otra causa explicativa de los numerosos autos que ha venido profiriendo la corporación en el marco de la sentencia.

He ahí las consecuencias del ejercicio de una competencia que no está reglada, como es la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional.* No se trata de cuestionar el cumplimiento de la indispensable función de la Corte de velar por la vigencia efectiva de la Carta Política ni de actuar, de modo decidido, como lo ha hecho en muchas ocasiones y con indudable acierto, en pos de la verdadera eficacia de los *derechos fundamentales* y en defensa de los marginados sociales. Tampoco es del caso cuestionar la afortunada evolución del alcance meramente subjetivo de los *derechos fundamentales* a su dimensión objetiva ni, por supuesto, el deber del juez constitucional de velar porque en el entorno del Estado sea claro que tales derechos albergan los *principios* y *mandatos de optimización* que dice ALEXY. Lo que se pretende es reparar en que esa función no se puede traducir en el desplazamiento, así sea temporal o parcial, de otras ramas del poder público, porque se desquician sus alcances y se pierde su horizonte.

Si dentro de las facultades de la Corporación debe estar la de declarar el *estado de cosas inconstitucional* para garantizar en el mayor grado posible el respeto de los *derechos fundamentales* de los asociados, como lo cree el autor de esta obra, así deben preverlo la Carta Política y sus desarrollos legislativos, con reglas claras y precisas sobre las condiciones en que procede esa declaratoria, los poderes que asume la Corte durante su vigencia, los límites y condiciones que han de orientar su ejercicio y las consecuencias que se deriven del incumplimiento de lo que disponga la sentencia correspondiente. Con motivo de la reforma que ello implicaría, la democracia contaría con la posibilidad del debate profundo que tan significativa medida supone, con la participación de las diferentes ramas del poder público y, por supuesto, de la colectividad en general. En ausencia de esa norma, la comentada declaratoria depende únicamente de lo que a su leal

saber y entender considere la Corte, como hoy ocurre en Colombia, y tendrían cabida todas las inquietudes que aquí se ha planteado, siempre alrededor de lo que para el principio de *separación de poderes* conlleva al ejercicio de las atribuciones que supone el *estado de cosas inconstitucional*, por parte de la Corporación.

Es inadmisible que las entidades estatales institucionalicen la tutela como parte del trámite que han de seguir los interesados para hacer valer sus derechos. Acierta la Corte Constitucional de Colombia, sin la menor duda, al cuestionar esa deleznable práctica. La ley debería contemplar penas ejemplares para los responsables.

También es lamentable que sea cosa común, en entornos como el nuestro, que el Estado no cumpla verdaderamente con su deber de hacer efectivos los derechos de los asociados y, en especial, de la población vulnerable. Bien puede decirse, sin exageraciones, que en ese aspecto las acciones y omisiones del Estado en Colombia envuelven un *estado de cosas inconstitucional* que tiene las más dramáticas expresiones: un gran número de colombianos sin seguridad social y sin atención en salud, varios miles de niños combatientes en el marco del conflicto, más de siete millones de personas agobiadas por la *pobreza extrema*, no menos de cuatro millones de desplazados que no gozan, en absoluto, de sus derechos fundamentales, cerca de un millón y medio de niños sin educación primaria, más de cuatro millones de desempleados, una educación superior de punta que solo es posible para menos del diez por ciento de la población, niveles dolorosos de prostitución, con cerca de treinta y cinco mil niños trabajadores sexuales en Bogotá, hacinamiento carcelario y ausencia de seguridad social para los reclusos, dos mil cuatrocientos propietarios del 53,5 por ciento de la tierra en contraste con un millón trescientos mil propietarios del 17 por ciento y tantas otras falencias que afligen a los marginados en Colombia, un país de cuarenta y cuatro millones de habitantes entre los cuales hay más de veinte millones de pobres[11].

[11] Sobre el drama social que agobia a Colombia, como en general a los países de América Latina, remito al lector a MAURICIO A. PLAZAS VEGA, *La cuestión social y la nueva izquierda en América Latina*, Bogotá, Edit. Temis, 2007.

No es difícil concluir que vivimos, en general, un *estado de cosas inconstitucional*.

Pero si uno de los instrumentos para superar esa situación es la declaratoria de que aquí se trata, como lo ha entendido con acierto la Corte Constitucional, lo que se impone es una regulación precisa y clara de su significado y sus alcances y no simplemente el criterio del mismo órgano judicial que lo declara, más allá de todo lo que ha sido su constante y decidido aporte para la protección de los derechos fundamentales. De no ser así, la pregunta es obvia: ¿Hasta dónde puede llegar el poder de la Corte en un país que en general registra un *estado de cosas inconstitucional*?

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, BRUCE: *Del realismo al constructivismo jurídico*, trad. Juan Gabriel López Guix, Barcelona, Edic. Ariel, 1988.

AFTALIÓN, ENRIQUE L., y VILANOVA, JOSÉ: *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

— *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.

ALEXY, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzon Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

— *Teoría del discurso y derechos humanos,* trad. Luis Villar Borda, santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

— *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales,* trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

— *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre el derecho y la moral*, trad. Paula Gaido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALFONSO, NORBERTO: *Lógica e introducción al estudio de la filosofía*, Bogotá, Edit. Stella, 1962.

ÁLVAREZ ROJAS, FERNANDO: "El nuevo derecho, paradigma de comprensión y desarrollo de la Constitución de 1991", en *Revista de Derecho Público*, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, 1993.

AMATUCCI, ANDREA: *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Napoli, Jovene Editore, 2007.

—*Il contributo dell'economic analysis of law alla metodologia del diritto tributario,* obra inédita que hará parte de un libro en honor del profesor Enrico de Mita y de la Rivista di Diritto Tributario Internazionale, 2009.

ARANGO, RODOLFO: *El concepto de derechos sociales fundamentales,* Bogotá, Legis-Universidad Nacional, 2005.

ARENDT, HANNAH: *Los orígenes del totalitarismo*, vol. III, El totalitarismo, versión española de Guillermo Solana, Madrid, Alianza, 1982.

ARISTÓTELES: *Ética nicomaquea*, trad. Antonio Gómez Robledo, México, Edit. Porrúa, 1994.

AUSTIN, JOHN: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. Felipe González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

— *El objeto de la jurisprudencia*, trad. Juan Ramón de Páramo Argüelles, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

BECCARIA, CESARE: *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Barcelona, Edit. Altaya, 1994.

BENTHAM, JEREMIAS: *Tratados de legislación civil y penal*, trad. Ramón de Salas y Cortés basada en la versión francesa de Esteban Dumont, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Madrid, Editora Nacional, 1981.

BLASCO FERNÁNDEZ, FRANCISCO: "La escuela de la exégesis", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XI, Buenos Aires, Driskill, 1979.

BOBBIO, NORBERTO: *Teoría general del derecho*, trad. Jorge Guerrero R., Bogotá, Edit. Temis, 1992.

—*Teoria generale della politica*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2009.

BOCHENSKI, J. M.: *La filosofía actual*, trad. Eugenio Imaz, México-Buenos Aires, Fondo de la Cultura Económica, 1949.

BODENHEIMER, ÉDGAR: *Teoría del derecho*, trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

BRUGGER, WALTER: *Diccionario de la filosofía*, trad. José María Vélez Cantarell, Barcelona, Herder, 1975.

CABALLERO SIERRA, GASPAR: *Corte Constituciónal y legislador: contrarios o complementarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

CACCAVIELLO CONCETTA, GALANTINI LUCA y NATALE ELPIDIO: *La tutela internazionale dei diritti umani*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2006.

CAHN SPEYER WELLS, PAUL: "Derecho: entre silogismo y contenido", en Revista *Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 324, Bogotá, diciembre de 2003.

CALABRESI, GUIDO: "Cosa é l'analisi economica del diritto", en *Rivista de Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, año LXVI, núm. 3, Milán, Editorial Giuffré, septiembre de 2007.

CALSAMIGLIA, ALBERT: "La retórica de critical legal studies. Impresiones de un lector español", en *www.cervantesvirtual.com*.

CARETTI, PAOLO: *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli Editore, 2005.

CASSIRER, ERNST: *Kant-Vida y doctrina*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

CATTANEO, MARIO A.: *El concepto de revolución en la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1965.

CELOTTO, ALFONSO.: *La Corte Costituzionale*, Napoli, Il Mulino, 2004.

CEPEDA, MANUEL JOSÉ: "Los derechos y la interpretación de la Constitución de 1991", en revista *Ciencia Política*, núm. 25, cuarto trimestre de 1991, Santafé de Bogotá, Tierra Firme.

— *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.

— *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Edit. Temis, 1997.

CHIAPPINI, JULIO O.: "Trialismo jurídico", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice IV, Buenos Aires, Driskill, 1979.

CHINCHILLA H., TULIO: *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2009.

CLAVIJO, SERGIO: "Impacto económico de algunas sentencias de la Corte. El caso de la mesada pensional catorce y de las regulaciones de vivienda", en *www.banrepublica.gov.co.*

—*Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega, 2001.

COHEN, FÉLIX S.: *El método funcional en el derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1935.

COMTE, AUGUSTO: *Discurso sobre el espíritu positivo*, trad. Julián Marías, Barcelona, Edit. Altaya, 1996.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL: "Critital legal theory", en *www.topics.law.cornell.edu.*

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: *Constitución Política de la República del Ecuador*, Quito, 2003.

COSSIO, CARLOS: *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, Edit. Losada, 1947.

DE AQUINO, TOMÁS: *Tratado de la justicia*, trad. Carlos Ignacio González, S. J., México, Edit. Porrúa, 1990.

— *Suma de teología*, III, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1995.

DE PÁRAMO, JUAN R.: *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA: *Estado de derecho y luchas sociales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1991.

DE VITORIA FRANCISCO: *La justicia*, trad. Luis Frayle Delgado, Madrid, Tecnos, 2001.

DEL VECCHIO, GIORGIO: *Filosofía del derecho*: trad. Luis Recaséns Siches y revisión de Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1997.

DEL VECCHIO, GIORGIO y RECASÉNS SICHES, LUIS: *Filosofía del derecho,* vol. II, México, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1946.

DÍAZ ARENAS, PEDRO AGUSTÍN: *La Constitución política colombiana (1991). Proceso, estructuras y contexto*, Santafé de Bogotá, Edit. Temis, 1993.

Diccionario Enciclopédico Salvat, vol. IV, Madrid, Edit. Salvat, 1960.

DUEÑAS, ÓSCAR: *Desplazamiento interno forzado: un estado de cosas inconstitucional que se agudiza,* Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, trabajo elaborado con el concurso del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y con la financiación del Instituto Rosarista de Acción Social Rafael Arenas Ángel SERES.

DUGUIT, LÉON: *Las transformaciones del derecho*, trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 2001

DWORKIN, RONALD: *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Edic. Ariel, 1995.

—"Retorno al derecho natural", trad. Santiago Iñiguez de Onzoño, en *Derecho y moral*, compilación de Betegón y de Páramo.

FACCHI, ALESSANDRA: *Breve storia dei diritti umani*, Napoli, Il Mulino, 2007.

FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ: *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Madrid, Edit. Civitas, 1994.

FARALLI, CARLA: *La filosofia del diritto contemporanea,* Roma-Bari, Edit. Laterza, 2003.

FERRAJOLI, LUIGI: *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. Gerardo Pisarello, Alexey Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

— *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. Perfecto Andrés, Antonio de Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Cardona, Marcos Criado y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

FERNÁNDEZ GARCÍA, EUSEBIO: *La obediencia al derecho*, Madrid, Civitas, 1987.

FINNIS, JOHN MITCHELL: *Natural law and natural rights*, Oxford Clarendon Press, 1980.

FORTE, FRANCESCO: "Il contributo seminale di Benvenuto Griziotti all'analisi economica del diritto", en *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle finanze*, año LXV, núm. 3, Milán, Edit. Giuffré, septiembre de 2006.

FRANK, JEROME: *Derecho e incertidumbre*, trad. Carlos Bidegain, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.

FROSINI, VITTORIO: *La letra y el espíritu de la ley*, trad. Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, Barcelona, Edic. Ariel, 1995.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO: *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO: "Lógica jurídica", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XVIII, Buenos Aires, Driskill, 1964.

—*Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, México, Edit. Porrúa, 1978.

—*Introducción al estudio del derecho*, México, Edit. Porrúa, 42ª ed., 1995.

—*Filosofía del derecho*, México, Edit, Porrúa, 1974.

—*Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1995.

García Morente, Manuel: *Lecciones preliminares de filosofía*, México, Edit. Porrúa, 2000.

Goldschmidt, Werner: *Introducción filosófica al derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1987.

Gómez Mejía, Fernando: *La interpretación del derecho*, Bogotá, Edit. Ananké, 1979.

Haba, Enrique P.: "Voluntad del legislador como opción interpretativa ¿posibilidad real o ficción?", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice VI, Buenos Aires, Driskill, 1994.

Hart, Herbert Lionel Adolphus: *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1998.

Hegel, Jorge Guillermo Federico: *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. Juan Luis Vermal, Buenos Aires, Edit. Sudamericana, 1975.

—*Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, trad. E. Ovejero y Maury, México, Edit. Porrúa, 1985.

Hernández Marín, Rafael: *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1989.

Herrera Figueroa, Miguel y Escobar, Zulema Julia: "Neokantismo Jurídico", *en Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XX, Buenos Aires, Edit. Driskill, 1965.

Herrera Jaramillo, Francisco José: *Filosofía del derecho*, Santafé de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1994.

—"La concepción realista del derecho", en *Temas Jurídicos*, Revista de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, núm. 10.

Hervada, Javier: *Lecciones de filosofía del derecho*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1990.

—*Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1996.

HOBBES, THOMAS: *Leviatán*, vol. I, trad. Carlos Mellizo, Barcelona, Edit. Altaya, 1994.

HOLMES JR., OLIVER WENDELL: *The common law*, trad. Fernando Barrancos y Vedia, Buenos Aires, Edit. Argentina, 1964.

— *La senda del derecho*, trad. Eduardo Ángel Russo, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1975.

HOYOS CASTAÑEDA, ILBA MYRIAM: *Prólogo a la obra de* Carlos Arturo Mesa Posada intitulada *La ley natural en Santo Tomas*, Chía (Colombia), Universidad de La Sabana, 1998.

IHERING, RUDOLPH VON: *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Edit. Altaya, 1945.

— *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978.

— *Bromas y veras en la jurisprudencia*, trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, EJEA, 1974.

JAMES, PHILIP: *Introducción al derecho inglés*, trad. Jesús Torres García, Santafé de Bogotá, Edit. Temis, 1996.

KANT, IMMANUEL: *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989.

— *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1995.

KANTOROWICKZ, HERMANN: *La ciencia del derecho,* Buenos Aires, Edit. Losada, 1949.

KAUFMANN, ARTHUR: *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, trad. Luis Villar Borda, Santafé de Bogotá, Edit. Temis, 1992.

— *Filosofía del derecho*, trad. Luis Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

KELSEN, HANS: *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Edit. Porrúa, 1991.

—*El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura*, trad. Luis Legaz Lacambra, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933.

—*Teoría general de las normas*, trad. Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Edit. Trillas, 1994.

—*¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad Ernesto Garzón Valdés, México, Edit. Fontamara, 1997.

—*Esencia y valor de la democracia*, trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, Granada, Edit. Comares, 2002.

—*La paz por medio del derecho*, trad. Luis Echávarri, Madrid, Edit. Trotta, 2003.

—*Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, trad. Wenceslao Roces, México, Edit. Porrúa, 1987.

—*El jurista del siglo* XX, Medellín, Señal Editora, 2003.

KENNEDY, DUNCAN: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.

LANDA ARROYO, CÉSAR y VELAZCO LOZADA, ANA: *Constitución Política del Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica, 1993.

LAPORTA, FRANCISCO: *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1995.

LAVERDE TOSCANO, RAFAEL EDUARDO: "La interpretación de la ley tributaria: entre el positivismo y el nuevo derecho", en *Memorias de las XXI Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Bucaramanga, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1997.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO: *La teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2005.

LOSANO, MARIO G.: *Los grandes sistemas jurídicos*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Edit. Debate, 1993.

—*Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, trad. Jorge Guerrero R., Santafé de Bogotá, Edit. Temis, 1992.

LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS y TANGARIFE TORRES, MARCEL: *Constitución Política de Colombia. Origen, evolución y vigencia*, vol. II, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1996.

LLEWELLYN, KARL N.: The Bramble Bush. On our law and its study, en Felix Francisco Sanchez Diaz, *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*, Granada, Comares, 2002.

MADRID-MALO GARIZÁBAL, MARIO: *Derechos fundamentales*, Bogotá, 3R Editores, 1997.

MALEM SEÑA, JORGE F.: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Madrid, Ariel, 1990.

MANGABEIRA UNGER, ROBERTO: *The critical legal studies movement,* Harvard University Press, 1986.

MANTILLA PINEDA, BENIGNO: "Positivismo y antipositivismo en la filosofía del derecho", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice VI, Buenos Aires, Driskill, 1990.

MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS IGNACIO: *La imaginación jurídica*, Madrid, Edit. Debate, 199.

MARTÍN, CARLO MARIA y ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *La domanda di giustizia*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2003.

MÉNDEZ, ELISA A.: "El realismo jurídico de Alf Ross", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, vol. XXV.

MESA POSADA, CARLOS A.: *La ley natural en Santo Tomás*, Chía (Colombia), Universidad de La Sabana, 1998.

MONTESQUIEU, CARLOS DE SECONDAT BARÓN DE: *Del espíritu de las leyes*, trad. Nicolás Estévanez, París, Garnier, 1917.

MORELLI RICO, SANDRA: *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?*, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado de Colombia, 1997.

MURILLO DE LA CUEVA, MARÍA DEL CARMEN y DE TEJADA, LERDO: *En torno al tridimensionalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 1977.

NARANJO VILLEGAS, ABEL: *Filosofía del derecho*, Bogotá, Colección Jurídica Bedout, 1975.

NARANJO MESA, VLADIMIRO: "El papel de los tribunales constitucionales en el sistema político", en *Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000*, publicación de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001.

NOGUERA LABORDE, RODRIGO: *Introducción general al derecho*, Santafé de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.

OLIVECRONA, KARL: *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. Luis López Guerra, Barcelona, Edit. Labor Universitaria, 1980.

— *Lenguaje jurídico y realidad,* trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Edit. Fontamara, 1992.

OMAGGIO, VINCENZO: *Teorie dell'interpretazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003.

OSORIO FLORIT, MANUEL: "Nazismo", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1982.

PACHECO, MÁXIMO: *Teoría del derecho*, 4ª ed., Santiago-Bogotá, Edit. Jurídica de Chile, Edit. Temis, 1990.

PARDO SCHLESINGER, CRISTINA: "La acción de tutela y el derecho a la salud", en *Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000*, compilación de varios trabajos, publicación de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001.

PERELMAN, CHAÏM: *El imperio metómico*, Santafé de Bogotá, Edit. Norma, 1997.

— *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1979.

PÉREZ ROYO, JAVIER: "El Tribunal Constitucional: entre política y derecho", en *Los reveses del derecho*, Barcelona, Tusquets Editores, 1993.

PLAZAS VEGA, MAURICIO A.: *El liberalismo y la teoría de los tributos*, Santafé de Bogotá, Edit. Temis, 1995.

— *Del realismo al trialismo jurídico*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1998.

— "Las nuevas teorías sobre el contrato político: legitimidad, legalidad y derecho", en Revista de la *Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá, núm. 316, junio de 2000.

— *Ideas políticas y teoría del derecho*, Bogotá, Edit. Temis-Universidad del Rosario, 2003.

— *Kant: el Newton de la moral y del derecho*, Bogotá, Edit. Temis, 2004.

— *La cuestión social y la nueva izquierda en América Latina*, Bogotá, Edit. Temis, 2007.

— *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 2005.

— *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 2006.

— *Il diritto della finanza pubblica e il diritto tributario*, traduzione di Andrea Amatucci, Napoli, Jovene Editori, 2009.

POSNER, RICHARD A.: *El análisis económico del derecho*, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

— "El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano germánico y en los países en vías de desarrollo", trad. Enrique Pasquel R., en *Revista de Economía y Derecho*, vol. 2, núm. 7, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2005.

POUND, ROSCOE: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. José Brutau, Barcelona, Edic. Ariel, 1950.

PRIETO SANCHÍS, LUIS: *Ideología de la interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993.

RADBRUCH, GUSTAV: *Introducción a la ciencia del derecho,* trad. Luis Recaséns Siches, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

—*Relativismo y derecho*, trad. Luis Villar Borda, Bogotá, Edit. Temis, 1999.

—*Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

— *El hombre en el derecho*, trad. Aníbal del Campo, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980.

RANDLE, MICHAEL: *Resistencia civil*, trad. Luis M. Romano Haces, Buenos Aires, Raidós, 1999.

RAWLS, JOHN: *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1997

REALE, MIGUEL: *Introducción al derecho*, adaptación de Jaime Brutau París, Madrid, Edit. Pirámide, 1993.

RECASÉNS SICHES, LUIS: "El realismo jurídico norteamericano", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. XXIV, Buenos Aires, Driskill, 1979.

— *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Edit. Porrúa, 1980.

RICARDO, VICTOR G.: "Discurso del 16 de octubre de 1999", en *Hechos de paz*, vol. X, Presidencia de la República de Colombia.

RODRÍGUEZ, CÉSAR: *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial*, estudio preliminar a la obra de DUNCAN KENNEDY intitulada *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.

ROSS, ALF: *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. Julio Barbosa, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

— *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, México, Edit. Fontamara, 1997.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y DARANES PELÁEZ, MARIANO: *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997.

RUBIO, MAURICIO: *Economía jurídica: introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

SÁNCHEZ DÍAZ, FÉLIX FRANCISCO: *Decisión judicial y ciencia jurídica. La propuesta de Karl N. Llewellyn*, Granada, Comares, 2002.

SAVIGNY, CARLOS FEDERICO VON: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, trad. Adolfo G. Posada, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1977.

SERRANO T., SERVANDO: *Constitución Política del Estado,* Cochabamba, Edit. Serrano, 1997.

SCHILD, WOLFGANG: *Las teorías puras del derecho*, trad. Ernesto Volkening, Bogotá, Edit. Temis, 1983.

SCHLÖNBERGER, ROLF: *Tomaso d'Aquino*, trad. al italiano de Pietro Koban, Napoli, Il Mulino, 2009.

SCHMITT, CARL: *Sobre el parlamentarismo*, trad. Thies Nelson y Rosa Grueso, Madrid, Tecnos, 1996.

SMITH, M. B. E.: ¿Hay una obligación *prima facie* de obedecer el derecho?, trad. Francisco Laporta, en la compilación de trabajos intitulada *Derecho y moral*, coordinación y dirección de Jerónimo Betegón y Juan Ramón De Páramo, Barcelona, Ariel, 1990.

STAMMLER, RUDOLPH: *La génesis del derecho*, trad. WENCESLAO ROCES, Madrid, Espasa-Calpe, 1936.

SULLIVAN, KATLEEN y GUNTER, GERALD: *Constitutional law*, New York, Foundation Press, 2004.

TAMAYO, ROLANDO: Presentación de la primera edición, en lengua española, de la segunda edición de *La teoría pura del derecho*, México, Edit. Porrúa, 1991.

THOREAU, HENRY D.: *Desobediencia civil y otros escritos*, trad. María Eugenia Díaz, Madrid, Tecnos, 1999.

TOMASIUS, CHRISTIAN: *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, trad. Salvador Rus Rufino y María Asunción Sánchez Manzano, Madrid, Editorial Tecnos, 1994.

TORRES MANRIQUE, FERNANDO JESÚS: "Análisis económico del derecho", en *www.monografias.com*

TRUJILLO CABRERA, JUAN: "Análisis económico del derecho", en *www.redsociojuridica.org*.

WALDRON, JEREMY: *Derecho y desacuerdos,* trad. José Luis Martí y Águeda Ortega, Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

WELZEL, HANS: *Diritto naturale e giustizia materiale,* trad. Giuseppe de Stefano, Milano, Giuffré, 1965

VARGAS HERNÁNDEZ, CLARA INÉS: "La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela. El llamado "estado de cosas inconstitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, núm 1, Santiago de Chile, 2003.

VÉLEZ GARCÍA, JORGE: *Los dos sistemas del derecho administrativo*, Santafé de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996.

VIDAL PERDOMO, JAIME: "Derechos económicos", en *Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000*, publicación de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

— *Principio y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

— *Sentencia C-479 de 1992.*
— *Sentencia C-531 de 1993.*
— *Sentencia C-224 de 1994.*
— *Sentencia C-409 de 1994.*
— *Sentencia C-083 de 1995.*
— *Sentencia C-461 de 1995.*
— *Sentencia C-037 de 1996.*
— *Sentencia C-529 de 1996.*
— *Sentencia C-221 de 1997.*
— *Sentencia C-239 de 1997.*
— *Sentencia C-252 de 1998.*
— *Sentencia C-251 de 1997.*
— *Sentencia C-481 de 1998.*
— *Sentencia C-383 de 1999.*
— *Sentencia C-700 de 1999.*
— *Sentencia C-747 de 1999.*
— *Sentencia C-1433 de 2000.*
— *Sentencia C-955 de 2000.*
— *Sentencia C-1165 de 2000.*
— *Sentencia C-809 de 2001.*
— *Sentencia C-814 de 2001.*
— *Sentencia C-1064 de 2001.*
— *Sentencia C-400 de 2003.*
— *Sentencia C-776 de 2003.*
— *Sentencia C-756 de 2004.*
— *Sentencia T-002 de 1992.*
— *Sentencia T-008 de 1992.*
— *Sentencia T-406 de 1992.*

— *Sentencia T-422 de 1992.*
— *Sentencia T-571 de 1992.*
— *Sentencia T-594 de 1992.*
— *Sentencia T-778 de 1992.*
— *Sentencia T-097 de 1994.*
— *Sentencia T-503 de 1994.*
— *Sentencia T-219 de 1995.*
— *Sentencia T-377 de 1995.*
— *Sentencia T-513 de 1995.*
— *Sentencia T-620 de 1995.*
— *Sentencia T-393 de 1997.*
— *Sentencia T-068 de 1998.*
— *Sentencia T-131 de 1998.*
— *Sentencia T-138 de 1998.*
— *Sentencia T-153 de 1998.*
— *Sentencia T-289 de 1998.*
— *Sentencia T-439 de 1998.*
— *Sentencia T-559 de 1998.*
— *Sentencia T-584 de 1998.*
— *Sentencia T-590 de 1998.*
— *Sentencia T-606 de 1998.*
— *Sentencia T-568 de 1999.*
— *Sentencia T-972 de 1999.*
— *Sentencia T-241 de 2000.*
— *Sentencia T-559 de 2000.*
— *Sentencia T-1695 de 2000.*
— *Sentencia T-227 de 2003.*
— *Sentencia T-025 de 2004.*
— *Sentencia T-597 de 2006.*
— *Sentencia T-006 de 2007.*

— *Sentencia T-016 de 2007.*
— *Sentencia T-034 de 2007.*
— *Sentencia T-628 de 2007.*
— *Sentencia T-774 de 2007.*
— *Sentencia T-760 de 2008.*
— *Sentencia SU-111 de 1997.*
— *Sentencia SU-559 de 1997.*
— *Sentencia SU-225 de 1998.*
— *Sentencia SU-624 de 1999.*
— *Sentencia SU-819 de 1999.*
— *Sentencia SU-909 de 2000.*
— *Sentencia SU-813 de 2007.*

Páginas en Internet

www.banrepublica.gov.co.
www.bundesverfassungsgericht.de.
www.cervantesvirtual.com.
www.conseil-constitutionnel.fr.
www.duncankeneddy.net.
www.eft.com.ar.
www.tribunalconstitucional.es.
www.monografias.com.
www.redsociojuridica.org.
www.upc.edu.pe.

ÍNDICE DE AUTORES

—A—

Abbamonte, Giuseppe: 30.
Abel, Richard: 191.
Abella Zárate, Jaime: 14.
Ackerman, Bruce: 174.
Aftalión, Enrique R.: 277.
Alexy, Robert: 4, 7, 20, 71, 249, 251, 290, 327, 329, 334.
Álvarez, Fernando Rojas: 1.
Amatucci, Andrea: 30, 196, 197, 200.
Aragón, Manuel: 257.
Arango, Rodolfo: 22, 57.
Arendt, Hannah: 260.
Aristóteles 4, 9, 102, 106, 137, 138, 141, 145, 146, 147, 222, 246, 267
Austin, John 121, 123, 128, 129, 154, 166, 172, 247, 255, 256.

—B—

Bagolina: 223.
Barcelona: 4.
Beccaria: 116, 173.
Becker, Gary: 194.
Bentham, Jeremías: 4, 121, 123, 154, 199, 247, 255.
Betegón: 249.
Blasco Fernández, Francisco: 112.
Bobbio, Norberto: 4, 25, 26, 102, 107, 124, 133, 165, 223.
Bochenski, J. M.: 277.
Bodenheimer, Edgar: 123, 124, 125, 131, 133, 166, 167, 254, 263.
Bonesana, Cesare: 116.
Brugger S. L., Walter: 277.
Bulygin, Eugenio: 249, 251.
Burke, Edmund: 301.

—C—

Caballero Sierra, Gaspar: 75.
Caccaviello, Concetta: 25.
Calabresi: Guido: 194, 195, 205, 206.
Calsamiglia, Albert: 175, 191, 192.
Campanella: 102.
Cardozo, Benjamín: 178, 180, 181.
Caretti, Paolo: 21.
Cassirer, Ernst: 276, 277.
Castañeda, Hoyos: 247.
Cathreim, Victor: 107.
Cattaneo: 107.
Celotto, Alfonso: 12.
Cepeda Espinosa, Manuel José: 59, 307.
Chiappini, Julio O.: 224.
Chinchilla, Tulio: 22, 52.
Chipman Gray, John: 178.
Cifuentes Muñoz, Eduardo: 295.
Charles, Clark E.: 181.
Clavijo, Sergio: 64, 66.
Coase, Ronald: 194, 195.
Cohen, Felix S.: 181, 185, 186.
Cohen, Hermann: 276, 284.
Comte, Augusto: 121, 124, 275.
Cook, Walter: 181.
Cossio, Carlos: 4, 88, 220, 288, 292, 293.

—D—

D'alessio, Francesco: 30.
Daranas Peláez, Mariano: 85.
De Aquino, Tomás: 134, 138, 139, 143, 147.

De Feuerbach, Anselmo: 158.
De la Brède, Barón: 109.
De Malberg, Carré: 121.
De Mita, Enrico: 197.
De Ockham, Guillermo: 16, 17, 246.
De Páramo, Juan R.: 122, 175, 178, 202, 249.
De Sousa Santos, Boaventura: 228.
De Vitoria, Francisco: 16, 17, 144, 145.
De Vitti de Marco, Antonio: 196.
Del Vecchio, Giorgio: 4, 105, 158, 245, 251, 276, 277, 278, 279, 280.
Demante: 114.
Díaz Arenas, Pedro Agustín: 87.
Díaz, Sánchez: 183.
Donato Gianinni, Achile: 29.
Dueñas, Oscar: 329.
Duguit, Léon: 164, 165
Dworkin, Ronald: 4, 20, 21, 91, 93, 94, 175, 190, 202, 213, 248, 249, 290.

—E—

Eiunaudi, Luigi: 196.
Escobar, Zulema Julia: 277.

—F—

Facchi, Alexandra: 17.
Falcón y Tella, María José: 102, 107, 213, 214.
Faralli, Carla: 91, 199.
Fasso, Guido: 91.
Federico Hegel, Jorge Guillermo: 302.
Fernández, Blasco: 114, 115.
Fernández García, Eusebio: 242.
Ferrajoli, Luigi: 4, 20, 21, 250.
Feuerbach: 158.
Fichte: 272, 274.
Forte, Francesco: 195, 196.
Frank, Jerome: 168, 181, 184, 186, 187, 189, 202, 203, 220, 255.
Frosini, Vittorio: 111, 223.

—G—

Gabel, Peter: 191.
Galantini, Luca: 25.
Gandhi: 243.
García Amado, Juan Antonio: 231.
García Máynez, Eduardo: 97, 118, 128, 161, 164, 223, 235, 243, 244.
García Morente, Manuel: 275, 277.
Geny, Francois 107, 119, 223.
Goering: 255.
Goethe: 158.
Goldschmidt, Werner: 163, 222, 223, 225.
Gómez Mejía, Fernando: 224.
González Vicen, Felipe: 154.
Gordon, Robert W.: 191.
Griziotti, Benvenuto: 196.
Grocio, Hugo: 16, 17.
Gunther, Gerald: 71.

—H—

Haba, Enrique P.: 113.
Habermas, Jürgen: 4, 230, 290.
Hagestrom, Alex: 94, 166, 207.
Hall: 223.
Hart, Herbert Lionel: A.: 4, 91, 131, 190, 205, 213, 216, 247, 248, 255.
Hegel, Jorge Guillermo Federico: 92, 121, 122, 209, 222, 272, 273, 274, 302.
Heller, Thomas: 191.
Henry: 243.
Hércules: 249.
Hernández Marín, Rafael: 150, 276.
Herrera: 137, 162.
Herrera Figueroa, Miguel: 277.
Herrera Jaramillo, Francisco José: 137, 144.
Hervada, Javier: 4, 106, 107, 137, 247.
Hobbes, Thomas: 16, 80, 122, 123.
Colmes: 4, 167, 176, 177, 178, 180.
Horwitz, Morton J.: 191.
Hoyos Castañeda, Ilba Myriam: 246.
Hugo, Gustavo: 157.
Hume, David: 121.

—I—

von Ihering, Rudolph: 4, 92, 123, 160, 161, 165, 226, 227, 234.
Ingrosso, Gustavo: 30.

—J—

Jacobo Rousseau, Juan: 215.
James, Philip: 204.
Cepeda E., José Manuel: 23.
Justiniano: 302.

—K—

Kant, Immanuel: 4, 16, 87, 98, 102, 233, 239, 245, 269, 271, 272, 275, 276, 277, 278, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 289, 290
Kantorowickz, Hermann: 4, 161, 162, 163, 178, 223.
Kauffmann, Arthur: 4, 102, 169.
Kelman, Mark: 191.
Kelsen, Hans: 4, 14, 87, 88, 89, 95, 96, 97, 98, 99, 106, 120, 123, 124, 127, 128, 129, 130, 133, 148, 155, 183, 184, 208, 212, 213, 216, 247, 256, 262, 263, 269, 274, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 293
Kennedy, Duncan: 4, 191, 192, 193.
King, Luther: 243.
Kocourek, Albert: 178.
Köningsberg: 105.

—L—

Lachance: 137.
Laffer, Arthur: 309.
Landa Arroyo, César: 86.
Laporta, Francisco: 257, 259.
Lask: 223.
Laverde Toscazo, Eduardo: 84.
Leclerq, Jacques: 107.
Legaz y Lacambra, Luis: 98, 223.
Lévy Bruhl, Henri: 222.
Liebmann, Otto: 275, 290.
Lleras de la Fuente, Carlos: 13, 238.
Llewellyn, Karl Nickerson: 172, 174, 181, 182, 183.
Locke, John: 12, 16, 80, 81, 102, 289.
López, Diego Eduardo: 99.
Losano, Mario G.: 204, 284, 285.
Ludovico Candelero, Manuel José: 105.
Luis de Secondat, Carlos: 109.
Lumia: 223.

—M—

MacCormick, Neil: 91.
Mackinnon, Katharine A.: 191.
Madrid-Malo Garizábal, Mario: 23.
Malem Seña, Jorge F.: 243.
Mangabeira Unger, Roberto: 191, 193, 203.
Mantilla Pineda, Benigno: 98, 124
Martín, Carlo Marya: 11.
Martínez García, Jesús Ignacio: 103.
Marx: 102, 122, 151, 262.
Medema, Steven G.: 194.
Medina: 99.
Méndez, Elisa A.: 210, 212.
Mercuro, Nicholas: 194.
Mesa Posada, Carlos Augusto: 246.
Messner, Johanes: 107.
Mill, James: 154, 199.
Mitchell Finnis, John: 250.
Montesquieu: 12, 15, 108, 109, 294.
Moore, Underhill: 181.
Morelli, Sandra: 14, 15, 16.
Morris: 181.
Morrow Kennedy, Duncan: 203.
Mussolini: 264.

—N—

Naranjo Mesa, Vladimiro: 51, 52.
Naranjo Villegas, Abel: 277.
Natale, Elpidio: 25.
Nathan Cardozo, Benjamín: 172.
Natorp, Paul: 276.
Nawiasky: 223.
Noguera Laborde, Rodrigo: 104.
North, Douglas: 195.

—O—

Oliphant, Herman: 181.
Olivecrona, Kart: 94, 120, 121, 166, 181,

182, 207, 214, 215, 216, 217, 218, 219.
Omaggio, Vincenzo: 89, 278.
Osorio Florit, Manuel: 264, 265.

—P—

Pacheco, Máximo: 144, 151, 163, 254, 255.
Paine, Thomas: 301.
Pardo Schlesinger, Cristina: 56.
Perelman, Chaïm: 4, 8, 9, 109.
Pérez Royo, Javier: 316.
Petev: 4.
Platón: 9.
Plazas Vega, Mauricio A.: 149, 211, 240, 241, 282, 309, 335.
Posner, Richard Allen: 4, 190, 194, 195, 199, 200, 201, 203, 206.
Pound, Roscoe: 4, 123, 151, 171, 172, 178, 179, 180, 182, 183.
Prieto Sanchís, Luis: 107, 108, 109.
Protágoras: 121.
von Puchta, Jorge Federico: 121, 157, 160.
Pufendorf, Samuel: 17.

—R—

Radbruch, Gustav: 107, 134, 157, 158, 223, 248, 253, 257, 258, 259, 263, 264, 276, 277, 280, 281, 282, 283.
Randle, Michael: 243.
Ranelletti, Oreste: 30.
Raphael, D. D. 242
Rawls, John: 4, 102, 242, 243, 289.
Raz, Joseph 242.
Reale P., Miguel: 4,119, 222, 223.
Recaséns Siches, Luis: 83, 98, 158, 171, 223, 235.
Ricardo, Víctor G.: 266.
Ricci: 223.
Rickert, Heinrich: 276.
Rodríguez, César: 190.
Rolf: 139.
Romanelli Grimaldi, Vincenzo Maria: 30.
Rommen, Heinrich 105, 106.
Ross, Alf: 4, 94, 103, 104, 120, 133, 149, 150, 151, 153, 155, 156, 166, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214.
Roubier: 223.
Rousseau: 16, 265, 289.
Royo, Pérez: 315.
Rubio Llorente, Francisco: 85.
Rubio, Mauricio: 194.
Rumble, W. W.: 178.

—S—

Saleilles, Gabriel: 118.
Salmorán: 274.
San, Agustín: 103.
Sánchez Bustamante, Antonio: 98.
Sánchez Díaz, Félix Francisco: 183.
von Savigny, Federico Carlos: 4, 121, 122, 157, 154, 158, 159, 160, 179, 228, 301, 303
Scheller, Max: 107.
Schelling: 272, 274.
Schild, Wolfgang: 277.
Schiller: 158.
Schmitt, Karl: 192, 257.
Schönberger: 139.
Sen, Amartya: 70.
Serrano Torrico, Fernando: 86.
Sica, Vincenzo: 30.
Simmel: 283.
Simon, William: 191.
Smith, M. B. E.: 241.
Solana, Guillermo: 260.
Spencer, Herbert: 124.
Speyer, Paul Cahn Wells 7, 8.
Stammler, Rudolph 105, 106, 276.
Stone: 223.
Stuart Mill, John: 124, 199.
Sturges, Wesley: 181.
Suárez, Francisco: 103, 134, 246.
Sullivan, Katleen: 71.

—T—

Tamayo, Rolando: 274.
Tangarife Torres, Marcel: 13, 238.

Taulier: 115.
Thibaut, Antonio: 158, 159, 301.
Thomasius Christian: 243, 244.
Thoreau, Henry D.: 243.
Tomás de Aquino: 4, 103, 106, 137, 139, 141, 143, 146, 148, 222, 246.
Torres Manrique, Fernando Jesús: 198.
Trasímaco: 121.
Trujillo Cabrera, Juan: 194.
Tushnet, Mark: 191.

—V—

Valensin, Albert: 107.
Vargas Hernández, Clara Inés: 49, 71, 328.
Velasco Lozada, Ana: 86.
Vélez García, Jorge: 177, 179.
Vidal Perdomo, Jaime: 19.
Vilanova, José: 277.
Villary: 223.
Villey, Michel: 107, 137.
Voltaire: 108.

—W—

Waldron, Jeremy: 80, 81, 84.
Weber, Max: 182, 183.
Weinberger, Ota: 91.
Welzel, Hans 134, 223.
Wendell, Oliver Holmes Jr.: 176, 177.
Whindelband, Wilhelm: 276, 283.
Windscheid: 118.

—Z—

Zagrebelsky, Gustavo: 4, 11, 83, 125, 126, 229, 230, 234.

NOTAS

10 8 53

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE NOMOS IMPRESORES, EL DÍA VEINTISIETE DE AGOSTO DE DOS MIL NUEVE, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE GEORGE WILHEIM FRIEDRICH HEGEL (n. 27, VII, 1770 y m. 14, XI, 1831)

LABORE ET CONSTANTIA

TEMIS

ISBN 978-958-35-0743-4